

SERVITØRERS ERSTATNINGSANSVAR OVERFOR ARBEIDSGIVER

Om arbeidsgivers adgang til å illegge servitører
erstatningsansvar på erstatnings- og/eller avtalerettslig
grunnlag.

Kandidatnummer: 356

Veileder: Elin Nykaas

Leveringsfrist: 25.11.2005

Til sammen 17720 ord

01.05.2006

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Bakgrunn for oppgavens temavalg. Problemstillingene i et praktisk perspektiv	1
1.2	Begrepsbruk	3
1.3	Oppgavens juridiske plassering	5
1.4	Avgrensning av oppgaven	9
1.5	Den videre fremstilling	9
<u>2</u>	<u>RETTSLIGE UTGANGSPUNKTER, PROBLEMSTILLINGER OG RETTSKILDEGRUNNLAG</u>	<u>11</u>
2.1	Ansvar etter skl. (dvs. der avtale om ansvar ikke foreligger)	11
2.1.1	Rettslig utgangspunkt og problemstilling	11
2.1.2	Kort om rettskildegrunnlaget	12
2.2	Ansvar etter avtale	13
2.2.1	Rettslig utgangspunkt og problemstilling	13
2.2.2	Rettskildegrunnlaget	14
<u>3</u>	<u>HENSYN I VURDERINGEN AV ARBEIDSTAKERS ERSTATNINGSANSVAR</u>	<u>16</u>
3.1	De klassiske erstatningsrettslige hensyn	16
3.2	Hensynet til arbeidskontraktens særegenheter	19
3.3	Hensynet til rimelighet og rettferdighet	23

<u>4</u>	<u>KORT OM TARIFFAVTALEN</u>	<u>24</u>
4.1	Generelt om tariffavtalers rettskildemessige betydning	24
4.2	Tariffavtalens regulering av de konkrete spørsmål	25
<u>5</u>	<u>GENERELT OM ANSVAR ETTER SKL.</u>	<u>29</u>
5.1	Vurderingskriteriet for ileggelse av ansvar: "Så vidt det finnes rimelig"	29
5.2	Momenter i rimelighetsvurderingen	29
5.2.1	"utvist adferd"	29
5.2.2	"økonomisk evne"	30
5.2.3	"arbeidstakerens stilling"	31
5.2.4	"og forholdene for øvrig"	32
5.3	Generell vurdering av adgangen til ansvarsileggelser etter skl.	33
5.3.1	Om ansvar for simpelt eller grovt uaktsomme handlinger	33
5.3.2	Særlig om forsettlig handlinger	38
<u>6</u>	<u>ANSVAR ETTER SKL. I DE KONKRETE TAPSSITUASJONENE</u>	<u>40</u>
6.1	De grunnleggende erstatningsbetingelser	40
6.2	Om bevisbyrde for at betingelsene foreligger	40
6.3	De konkrete tapstilfellene og erstatningsbetingelsene	41
6.3.1	Stikkregning	41
6.3.2	Pengemangel	45
6.3.3	Materiell skade	46
6.4	Om ansvar i de konkrete tapstilfellene etter skl.	47
6.4.1	Ansvar for stikkregninger	47
6.4.2	Ansvar for pengemangel	48
6.4.3	Ansvar for materielle skader	49
<u>7</u>	<u>GENERELT OM ANSVAR ETTER AVTALE</u>	<u>51</u>

7.1	Vurderingskriteriet for lemping av avtalen: ”urimelig å gjøre gjeldende”	51
7.2	Urimelighetskriteriet og avtalefrihetens grenser	52
7.3	Momenter i urimelighetsvurderingen	53
7.3.1	”Avtalens innhold”	53
7.3.2	”partenes stilling” & ”forholdene ved avtalens inngåelse”	53
7.3.3	”senere inntrådte forhold”	55
7.3.4	”omstendighetene forøvrig”	55
7.4	Generell vurdering av adgangen til ansvarsileggelser	56
7.4.1	Omstendighetene rundt avtalen	56
7.4.2	Om ansvarsileggelser på hhv objektivt & subjektivt grunnlag	56
7.4.3	Vurdering av ansvarsileggelsene	57
7.5	Rettsvirkningene av urimelighet	62
<u>8</u>	<u>ANSVAR ETTER AVTALE I DE KONKRETE TAPSSITUASJONER</u>	<u>63</u>
8.1	Stikkregning	63
8.2	Pengemangel	67
8.3	Materielle skader	67
<u>9</u>	<u>DRØFTELSENE ANVENDELSE OG KONKLUSJON</u>	<u>68</u>
<u>10</u>	<u>DE LEGE FERENDA BETRAKTNINGER</u>	<u>70</u>
<u>11</u>	<u>KILDEHENSVISNINGER</u>	<u>73</u>

1 Innledning

1.1 Bakgrunn for oppgavens temavalg. Problemstillingene i et praktisk perspektiv

Etter mange år som arbeidstaker i restaurantbransjen har jeg mer eller mindre jevnlig blitt møtt med spørsmål fra mine kollegaer i forhold til praksis om erstatningskrav mot arbeidstakere. Ved nærmere og sporadiske undersøkelser viser det seg at det iallfall i denne bransjen er utbredt praksis å gjøre arbeidstakeren ansvarlig dersom tap inntreffer ved utførelse av arbeidsoppgaver, noe avisoppslag i Dagbladet, Aftenpostens Aften og Dagens Næringsliv tidligere denne høsten bekreftet. Uten dokumentasjon eller egentlig kunnskap om det vil jeg anta at lignende praksis kan være vanlig også i andre yrker der en stor del av arbeidstakerne, i likhet med i serveringsbransjen, er ufaglærte, uorganiserte og unge. Oppgavens hovedsiktemål er således å oppstille retningslinjer for i hvilken utstrekning erstatningsansvar kan gjøres gjeldende mot slike arbeidstakere.

For å avklare i hvilken utstrekning arbeidsgiver har anledning til å ilegge arbeidstaker erstatningsansvar, har jeg dermed søkt å finne rettskilder som kunne si noe om situasjonen.

Lov om Skadeserstatning av 13. juni 1969 (skadeserstatningsloven) § 2-3 regulerer spørsmålet om arbeidstakers erstatningsansvar, dersom arbeidskontrakten ikke har avvikende ansvarsklausuler. Bestemmelsen i skl. er imidlertid ikke praktisert av domstolene, og utdypninger og redegjørelser av bestemmelsens rettslige standard ”rimelig” er ikke å finne. For den enkelte arbeidstaker som blir holdt erstatningsansvarlig, vil det ikke være lett å bruke bestemmelsen til å vurdere eller hevde egne rettigheter. Et første siktemål ble således å redegjøre for bestemmelsens innhold, og trekke opp grensen for når arbeidsgiver kan gjøre arbeidstaker erstatningsansvarlig med hjemmel i bestemmelsen.

I mange arbeidsforhold som nevnt vil imidlertid arbeidstakers erstatningsforpliktelser ved ulike tap eller skader være regulert i arbeidskontrakten. Det ble dermed også en målsetning å redegjøre for i hvilken grad arbeidsgiver gjennom ansvarsklausuler i arbeidskontrakten kan utvide arbeidstakers erstatningsansvar i forhold til det ansvar som følger av skl. Etter å ha redegjort for den rettsstilstand som følger av skl. og aml., vil jeg derfor vurdere i hvilken utstrekning arbeidsgiver ved avtale kan utvide arbeidstakers erstatningsansvar.

Det finnes svært lite rettskildemateriale om de nevnte problemstillinger. Dette skyldes at det å gjøre arbeidstaker ansvarlig for tap denne påfører bedriften er vurdert som en svært lite aktuell situasjon, også fra lovgivers side. En av grunnene til dette er antageligvis at problemstillinger i forhold til et slikt ansvar så vidt jeg har funnet ikke har vært til behandling i domstolene, i alle fall ikke i Høyesterett. Dette skyldes antageligvis ikke at problemstillinger mht ansvar ikke oppstår i praksis, men snarere arbeidstakernes manglende økonomiske evne til å forfølge slike problemstillinger rettslig, at beløpene disse avkreves er av forholdsvis lav størrelsesorden – og dermed kan dekkes uten at det er for stor økonomisk belastning for den involverte, og at de nevnte arbeidstakere har manglende kunnskaper om egne rettigheter. Informasjon om emnet er således ikke lett tilgjengelig. At problemstillingen forøvrig ikke oppstår, vanskeliggjør dermed situasjonen for en yrkesgruppe der spørsmålet i høyeste grad er reelt.

I og med at oppgaven skrives i lys av forholdene i serveringsbransjen, vil jeg vurdere særskilt tre typiske situasjoner der spørsmål om arbeidstakers ansvar oppstår, både i forhold til et lovhjemlet og et avtalehjemlet ansvar.

1: Stikkregning: Gjestene stikker av fra regningen.

2: Pengemangel: Manko i servitørens oppgjør, nattsafeposen forsvinner.

3: Materielle skader: En øl går i bakken, et glass rødvin veltes på en gjest.

Vurderingene gjøres for det første fordi problemstillingene mht ansvar i tilknytning til situasjonene er vanlige, og dessuten for å illustrere anvendelsen av de erstatningsrettslige og avtalerettslige regler jeg kommer frem til under de mer generelle drøftelsene.

1.2 Begrepsbruk

Skadevoldende handling

Den eller de handlinger som påfører skadelidt skade eller tap.

Ansvarsgrunnlag

*"Ansvarsgrunnlag er det vilkår for erstatningsplikt som direkte knytter seg til den skadevoldende handling eller den skadevoldende virksomhet."*¹

Uaktsomhet (simpel)

*At skadevolderen ikke "innfridde de krav og forventninger som omverdenen rimelig kan stille til forsiktighet og omtanke hos den som opptrer på vedkommende livsområde".*²

Grov uaktsomhet

*"Ved grov uaktsomhet er handlingen (eller unnlatelsen) kvalifisert klanderverdig, og gir grunnlag for sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet."*³

Forsett

*"En skade er voldt forsettlig hvis skadevolderen var seg bevisst eller må ha innsett at skaden med stor sannsynlighet ville inntre som følge av hans handling, og likevel valgte å gjennomføre handlingen."*⁴

¹ Lødrup, *Erstatningsrett*, 4. utg. Oslo, 1999, s. 109

² Selmer & Nygaard, *Erstatningsretten I: Knophs oversikt over Norges rett*. 11. utg., Oslo, 1998, s. 456-477

³ Lødrup, op. cit., s. 123

⁴ Lødrup, op. cit., s. 123

Årsakssammenheng

Med årsakssammenheng menes at det må være en forbindelse mellom handlingen/unnlatelsen og skaden.⁵

Culpaansvar/subjektivt ansvar

Det alminnelige ansvar i norsk rett, ansvar for egne uaktsomme skadegjørende handlinger. Innebærer ansvar for simpel og grov uaktsomhet.

Objektivt ansvar

Ansvar for skadegjørende handlinger uavhengig av om man har opptrådt uaktsomt. Begrunnes med det særlige risikopotensialet en virksomhet e.l. har, og er først og fremst anvendt i forhold til virksomheter og arbeidsgivere.

Lemping

Den erstatningsrettslige hovedregel er at skadelidte skal ha full erstatning for økonomisk tap. Lødrup definerer lemping som *”situasjoner hvor retten på skjønnsmessig grunnlag kan redusere erstatningsplikten eller la den bortfalle helt”*.⁶ Spørsmål om lemping kommer ikke inn før etter at erstatningens størrelse er bestemt.⁷ Lemping begrunnes normalt i skadevolders interesse i å ikke få ødelagt sin økonomi, og må veies opp mot skadelidtes interesse i å få full erstatning. I arbeidsforhold vil også andre særhensyn tale for lemping.

I kontraktsforhold brukes lemping tilsvarende der hovedreglen om at avtaler skal holdes på skjønnsmessig grunnlag settes til side av retten. Dette spørsmålet kommer ikke inn før etter at kontrakten er ferdig tolket og utfylt. Begrunnelsen er også her hensynet til den svake part, og må veies opp mot hensynet til forutberegnlighet og sikkerhet i kontraktsforhold.

⁵ Ibid., s. 60

⁶ Ibid., s. 380

⁷ L.c.

Arbeidstaker

En arbeidstaker defineres i aml. § 3 nr. 1 som ”enhver som utfører arbeid i annens tjeneste”. I skl. § 2-1 defineres arbeidstaker som ”enhver som gjør arbeid eller utfører verv i arbeidsgivers tjeneste.” Den sentrale avgrensning av arbeidstakerbegrepet skjer mot de som utfører arbeid for egen regning og risiko⁸, en oppdragstager. Det vil da, i et arbeidsforhold, normalt foreligge et ansettelsesforhold, der også midlertidig ansatte er inkludert i lovens begrep.⁹ Videre er det verdt å merke seg at den erstatningsbetingende handling eller unnlatelse skal ha vært utført i arbeidsgiverens tjenester for at reglene om arbeidstakers ansvar gjelder. Dersom handlingen er utført utenfor tjeneste, gjelder alminnelige erstatningsrettslige regler.

1.3 Oppgavens juridiske plassering

Det er i utgangspunktet Lov om arbeidsmiljø av 4. februar 1977 (aml.) som regulerer forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker. Loven inneholder bestemmelser til vern av arbeidstakeren, og er av den grunn preseptorisk, jf aml. § 5. Om erstatningsansvar sier imidlertid loven intet. Spørsmål om dette blir regulert i skl. kapittel 2 om erstatning i arbeidsforhold, og det er dermed disse bestemmelsene som regulerer erstatningsspørsmål som oppstår mellom arbeidstaker og arbeidsgiver. Bestemmelsene er en del av den alminnelige erstatningsrett, slik at de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper også gjelder her.

Om skls fravikelighet

Til forskjell fra aml. er skl. antatt deklatorisk¹⁰. Dette er i samsvar med statusen til de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Et resultat av dette er at arbeidstakeren som et utgangspunkt ikke har tilsvarende vern mot kontraktsklausuler om erstatning som mot

⁸ Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utg. 2004, s. 28

⁹ Lødrup, op. cit. s. 174

¹⁰ Lødrup, op. cit. s. 29

klausuler om forhold som er regulert i aml. Bakgrunnen for et preseptorisk lovverk på arbeidsrettens område er at arbeidsforholdets særegenheter gjør at arbeidstakeren trenger et særlig vern. Et spørsmål i denne sammenheng kan være i hvilken utstrekning skl. kapittel 2 også er deklarasjon, eller om det spesielle på rettsområdet tilsier at bestemmelsene må praktiseres preseptorisk overfor avtaler som forskyver et ansvar i arbeidstakerens disfavør. Momenter som tilsier en slik tolkning er at kapittelet må vurderes som en forlengelse av aml., og således bør ha samme gjennomslagskraft som denne loven. Dessuten tilsier hensynene som ligger bak det preseptoriske regelverk, først og fremst vernehensyn, at bestemmelsen burde praktiseres preseptorisk. Imidlertid har bestemmelsen vært en del av loven siden lovens vedtagelse, og den har i all tid blitt antatt deklarasjon. Av tariffreguleringer ser en også at bestemmelsen av organisasjonene er antatt deklarasjon. Det finnes imidlertid ingen dommer som bekrefter eller avkrefter bestemmelsenes gjennomslagskraft.

Til sammenligning er den tilsvarende bestemmelsen til skl. ansett deklarasjon i svensk rett¹¹, men det forutsettes at innholdet gir uttrykk for rådende vurderinger, slik at utilbørligheten av avtalebestemmelser med avvikende innhold må vurderes i lys av reglen. I dansk rett¹² er bestemmelsen ufravikelig til arbeidstakeres ugunst, men det forutsettes av avtalebestemmelser om ansvar for arbeidstakere vil være momenter i rimelighetsvurderingen etter loven. I det følgende antas at bestemmelsen om arbeidstakers erstatningsplikt i arbeidsforhold er deklarasjon i tråd med den alminnelige oppfatning.

Fordi skl. antas deklarasjon må andre sett rettsregler – kontraktsrevisjonsreglene – anvendes for å fastslå i hvilken grad arbeidstaker faktisk kan binde seg til regler som avviker fra skadeserstatningsloven.

¹¹ Bengtson & Strömback, *Skadeståndslagen*, 1. utg., Stockholm, 2002, s. 120

¹² Møller & Wiisbye, *Erstatningsansvarsloven*, 6. udg., København, 2002, s. 479

Erstatningsretten

Det rettslige krav for å ilegge erstatningsplikt er at det foreligger en skadevoldende handling, ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap. Dersom det foreligger ansvarsgrunnlag, er hovedregelen således at skadevolder er fullt ut ansvarlig for det økonomiske tap skadelidt har blitt påført, og som står i sammenheng med skadeforvoldelsen. Ansvaret kan imidlertid lempes dersom forhold tilsier dette.

I erstatningsretten er kravet til ansvarsgrunnlag at skadevolder har opptrådt uaktsomt – culpøst – dersom det ikke er hjemlet ansvar på objektivt grunnlag. Den alminnelige erstatningsrettens regler om objektivt ansvar omhandler først og fremst bedrifter med høyt risikopotensial. Et ansvar for noe slikt, om man skulle finne at en slik risiko foreligger i serveringsbransjen, vil være arbeidsgivers og ikke arbeidstagers - det er jo i arbeidsgivers interesse at virksomheten drives. Bakgrunnen for erstatningsplikt som følge av culpøs adferd er hovedsaklig hensynet til gjenoppretting og prevensjon.¹³

I arbeidsforhold er erstatningsansvaret i forhold til tredjeperson særlig regulert i skadeserstatningsloven § 2 -1, om det såkalte arbeidsgiveransvaret. Arbeidsgiveransvaret går ut på at det er arbeidsgiver som er erstatningsansvarlig overfor tredjeperson for skade arbeidstaker i tjenesten påfører denne. Ansvaret for arbeidsgiver er objektivt med subjektive elementer, da arbeidsgiver er ansvarlig på objektivt grunnlag, betinget av at arbeidstaker har opptrådt uaktsomt eller forsettlig. Begrunnelsen for et arbeidsgiveransvar er, i tillegg til trygghet om dekning av skader for tredjemann, at det i stor grad er arbeidssituasjonen som gir den enkelte arbeidstaker skadeevne, slik at det er arbeidssituasjonen som er det risikoskapende element.¹⁴ Det anses således ikke rimelig eller naturlig at arbeidstakeren er den primært ansvarlige, da skadeforvoldelser bør sees på som en bedriftsrisiko eller driftsomkostning på linje med skader som ingen er ansvarlige for.¹⁵ Dessuten er det bedriften som er nærmest til å forsikre seg mot mulige (store)

¹³ Lødrup, op. cit., s. 85

¹⁴ Ibid, s. 171

¹⁵ L.c

skader.¹⁶ Utgangspunktet er således at det ikke er arbeidstaker som er erstatningsansvarlig overfor tredjemann, med unntak i skl. § 2 -3 annet ledd. Sistnevnte bestemmelse kommer jeg ikke nærmere inn på.

Imidlertid har arbeidsgiver i spesielle tilfeller krav på regress fra arbeidstaker for erstatningskrav fra tredjeperson som arbeidsgiver i medhold av arbeidsgiveransvaret har dekket. Dette følger av skl. § 2- 3 første ledd. Bestemmelsen oppstiller krav for ileggelse av erstatningsansvar for arbeidstakeren. Erstatning som følger av skade eller tap arbeidstaker har påført arbeidsgiver direkte, følger jf skl. § 2-3 tredje ledd de samme regler som reglene om regress. Med andre ord ivaretas hensynet bak forholdet mellom arbeidsgiverens og arbeidstakerens ansvar i alle tilfeller der det oppstår erstatningsspørsmål utløst av arbeidstakers adferd. Arbeidstaker har altså ikke et normalt culpaansvar i forhold til arbeidsgiver, men derimot et lempet ansvar der utgangspunktet er ikke-erstatningsplikt selv der culpa er utvist. Spørsmålet er således når arbeidstakeren kan gjøres erstatningsansvarlig overfor arbeidsgiver med hjemmel i skl.

Avtaleretten

Avtalerettslig erstatningsgrunnlag skyldes at en avtale – fortrinnsvis arbeidsavtalen – regulerer arbeidstakers erstatningsansvar. Bakgrunnen for erstatningsplikt som følge av avtaleregulering er alminnelige avtalerettslige prinsipper som statuerer avtalefrihet, samt at avtaler skal holdes. Dette ble lovfestet i Christian Vs lov av 1687 femte bok, og er i dag regnet som grunnleggende avtalerettslige betraktninger. Ved inngåelse av avtaler med vilkår om erstatningsansvar som avviker fra regelen etter skl, er spørsmålet således om det er særlige forhold ved arbeidsavtaler og deres tilblivelse som tilsier at hovedreglen om at avtaler skal holdes må tilsidesettes. Dette kan i så fall gjøres fordi det vil være urimelig å kreve oppfyllelse, jf Lov om avslutninger av avtaler, om fuldmagt og om ugyldige viljeserklæringer (avtaleloven) av 8. februar 1918 § 36.

¹⁶ Lødrup, op. cit., s. 171

1.4 Avgrensning av oppgaven

Oppgaven tar for seg arbeidstakers erstatningsansvar overfor arbeidsgiver for tingsskade etter avtale og lov. Utenfor oppgaven faller dermed ansvar for personskader.

Dessuten vil ikke arbeidstakers erstatningsansvar overfor tredjeperson behandles, kun ansvar overfor arbeidsgiver. Arbeidsgiveransvaret i seg selv vil oppgaven heller ikke omhandle. Det må likevel presiseres at erstatning for skade eller tap påført tredjemann må falle innenfor arbeidsgiveransvaret for at problemstillingen mht regress er aktuell. Dersom arbeidsgiver har dekket en skade for en arbeidstaker som arbeidsgiveransvaret ikke forpliktet ham til, må vanlige regler om pengekrav gjelde.

Utenfor oppgaven faller dessuten skillelinjene mellom arbeidstaker og oppdragstaker, og det forutsettes at det er avklart at det er et arbeidsforhold som foreligger.

Videre tar oppgaven bare sikte på å redegjøre for grensene for erstatningsplikt for arbeidstaker i de individuelle arbeidsforhold, dvs. for de arbeidsforhold som er regulert av individuelle arbeidsavtaler. Tariffavtalenes bestemmelser om ansvar, arbeidstvistlovens bestemmelser om ansvar for brudd på tariffavtalen og boikottlovens ansvarsregler vil derfor ikke blir behandlet. Dog er tariffregulering av aktuelle problemstillinger et vesentlig moment i vurderingen av erstatningsansvaret etter de individuelle avtaler og lov.

Erstatningsplikt for straffbare handlinger vil heller ikke bli behandlet. Det samme gjelder evt. erstatningsansvar for kontraktsbrudd.

1.5 Den videre fremstilling

I den videre fremstilling vil jeg først trekke opp rammene for drøftelsene ved å angi rettslige utgangspunkter, rettskildegrunnlag og problemstillinger for erstatningsansvar med

hjemmel i hhv skl. og arbeidsavtalen. Dernest vil jeg redegjøre for de hensyn som ligger til grunn for vurderingene av arbeidstakers erstatningsplikt etter begge de rettslige grunnlagene. Deretter vil jeg redegjøre for tariffavtalen som regulerer arbeidstakers erstatningsansvar, fordi tariffavtalen er en svært vesentlig rettskilde både mht tolkning av skl. og for hvor langt en avtale kan gå. Videre vil jeg gå inn på først det erstatningsrettslige, og så det avtalerettslige grunnlag for erstatningsplikt, og vurdere i hvilken utstrekning en erstatningsplikt for arbeidstaker kan følge av grunnlaget. Betrakningene vil bli anvendt på de tre problemstillingene mht stikkregning, pengemangel og materielle skader. Det vil bli lagt stor vekt på de hensyn som ligger bak de eksisterende regler, og på hvilken innvirkning disse har på tolkning og anvendelsen av de gjeldende bestemmelser.

Avslutningsvis vil jeg oppsummere og konkludere, før jeg knytter noen betraktninger til hensiktsmessigheten av den gjeldende regulering av arbeidstakers ansvar.

2 Rettslige utgangspunkter, problemstillinger og rettskildegrunnlag

2.1 Ansvar etter skl. (dvs. der avtale om ansvar ikke foreligger)

2.1.1 Rettslig utgangspunkt og problemstilling

Hovedreglen om arbeidstakers erstatningsansvar overfor arbeidsgiver finnes i skl. § 2-3. De relevante delene av bestemmelsen lyder:

1. *Den som har blitt ansvarlig for arbeidstaker etter § 2-1, kan kreve dekning av ham for så vidt det finnes rimelig under hensyn til utvist adferd, økonomisk evne, arbeidstakerens stilling og forholdene for øvrig.*
2. *(...)*
3. *Regelen i nr. 1 gjelder tilsvarende dersom arbeidsgiver gjør krav gjeldende mot arbeidstaker som i hans tjeneste har påført ham skade.*

Hovedregelen om arbeidstakers erstatningsansvar er etter bestemmelsen lemping.

Bestemmelsen henviser til § 2-1 om arbeidsgiveransvar. Et grunnvilkår for erstatning etter denne bestemmelsen er at arbeidstaker har utvist culpa i arbeidsgivers tjenester, og det er bare i slike tilfeller arbeidsgiver er ansvarlig for arbeidstakers skadevoldende adferd.

Kravet til culpøs adferd er i tråd med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, og må også være minstevilkåret for at erstatning kan kreves for skade påført arbeidsgiver direkte, jf bestemmelsens nr. 3.

Erstatning fra arbeidstaker til arbeidsgiver kan dermed bare kreves dersom det etter nærmere definerte kriterier finnes rimelig, til tross for at kravene om ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap er fastslått. For en nærmere vurdering av når disse vilkårene er oppfylt vises til alminnelige erstatningsrettslige betraktninger.¹⁷

¹⁷ F.eks. Lødrup op. cit., s. 122 flg.

Spørsmålet er i hvilken utstrekning arbeidsgiver kan ilegge arbeidstaker erstatningsansvar der arbeidsavtalen ikke regulerer erstatningsplikt. Problemstillingen er, enten det er i form av et regresskrav eller et alminnelig erstatningskrav fra arbeidsgiver, når det "finnes rimelig" å kreve dekning av arbeidstaker. Problemstillingen forlenges med å se i hvilken utstrekning det vil være "rimelig" å ilegge arbeidstaker ansvar for hhv stikkregninger, pengemangel eller materielle skader.

2.1.2 Kort om rettskildegrunnlaget

Innstilling II¹⁸ s. 49 flg. redegjør for betydningen av momentene i vurderingen av ileggelse av ansvar etter skl. § 2-3.

Jf den samme innstillingen s. 15 var rettstilstanden ift arbeidstakers ansvar uklar før loven kom, slik at loven medførte en rettsavklaring. Rettspraksis fra før vedtagelsen er dermed som et utgangspunkt ikke relevant. Fra tiden etter vedtagelsen finnes så vidt jeg vet ingen rettspraksis som direkte behandler spørsmålet om arbeidstakers erstatningsansvar overfor arbeidsgiver.

Betraktninger og rettskilder i tilknytning til lempingsbestemmelsen i § 5-2 kan være relevante som tolkningsmomenter ift når ansvar skal lempes.

Et av formålene med loven var jfr. Inst. II å " *innlede nordisk samarbeid om følgende erstatningsrettslige spørsmål: (...) 2. nedsetting (lemping) av erstatningsansvaret for personer som volder skade i andres tjeneste*". Ordlyden i de gjeldende lover har blitt noe forskjellig. Det må likevel antas at rettskilder i tilknytning til de nordiske bestemmelser kan være relevante.

¹⁸ Innstilling om lov om det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar, Innstilling II, avgitt i desember 1964

Det er forholdsvis sparsomt med norsk litteratur på det spesielle området, men generelle erstatningsrettslige uttalelser og teorier vil virke inn og være momenter i forhold til arbeidstakers ansvar.

Tariffavtalen mellom Hotell – og restaurantforbundet og Reiselivsbedriftenes landsforening¹⁹ regulerer spørsmålet om servitørers erstatningsansvar i konkrete situasjoner. Denne avtalen vil således være et relevant tolkningsmoment i fastsettelsen av rimeligheten av ansvarsileggelser.

Hovedhensynet bak en hovedregel om et lempet ansvar for arbeidstaker ift arbeidsgiverer er basert på en avveining av de klassiske erstatningsrettslige prinsipper supplert med rimelighetshensyn ut fra arbeidsforholdets særegenheter. Dessuten vektlegges den belastning en regel om fullt ansvar for arbeidstaker ville være. Utgangspunktet er her som ellers i erstatningsretten et spørsmål om hvor omkostningene for skadeforvoldelse bør plasseres.²⁰

2.2 Ansvar etter avtale

2.2.1 Rettslig utgangspunkt og problemstilling

Hovedregelen i norsk rett er avtalefrihet, og således også at avtaler skal holdes. Utgangspunktet for å avgjøre rettsforholdet mellom to parter som står i et kontraktsforhold er dermed kontrakten dem imellom, med mindre lovgivningen har preseptoriske skranker for innholdet av den spesifikke kontrakt. Skl. er antatt deklatorisk, og det er da i utgangspunktet ingen skranker på adgangen til å inngå avtaler om erstatningsansvar i arbeidsforhold.

¹⁹ Gjelder fra 1. april 2004 – 1 april 2006

²⁰ Jf. Lødrup, op. cit. s. 29

I mange arbeidskontrakter vil arbeidskontrakten regulere når erstatningsansvar inntreffer for arbeidstaker. Slike klausuler vil kunne ilegge ansvar på subjektivt og/eller objektivt grunnlag. Spørsmålet i dette henseendet er om det er begrensninger i adgangen til å gjøre bestemmelser om utvidet ansvar gjeldende overfor arbeidstaker.

Temaet for drøftelsen blir dermed hvordan en avtale om ansvar for arbeidstaker vil stå seg i forhold til lempingsregelen i avtaleloven § 36. De relevante delene av avtaleloven § 36 lyder:

”En avtale kan helt eller delvis settes til side eller endres for så vidt det ville virke urimelig (...) å gjøre den gjeldende. (...)

Ved avgjørelsen tas hensyn ikke bare til avtalens innhold, partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse, men også til senere inntrådte forhold og omstendighetene for øvrig.”

Problemstillingen er når en avtale om utvidet erstatningsansvar for arbeidstaker overfor arbeidsgiver vil ”virke urimelig” å gjøre gjeldende. Dessuten er spørsmålet når en avtale om ansvar for stikkregning, pengemangel og/eller materielle skader er urimelig å gjøre gjeldende.

2.2.2 Rettskildegrunnlaget

I Ot.prp. nr. 5 (1982-83) s. 30 flg. redegjøres for de momenter som er sentrale i vurderingen av om et avtalevilkår fremstår som urimelig å gjøre gjeldende.

Det finnes dessuten et rikt rettskildemateriale som redegjør nærmere for grensedragningen mht urimelighet etter bestemmelsen og hvilke hensyn som skal vektlegges i vurderingen.

De hensyn bestemmelsen er fundert på er en avveining av på den ene siden hensynet til sikkerhet og forutberegnlighet i kontraktsforhold, med tanke på hovedreglen om at avtaler

skal holdes, og på den annen side ønsket om samfunnskontroll med kontraktsvilkår, særlig for å kunne verne en svak part mot at urimelige vilkår eller kontrakter gjøres gjeldende. Bestemmelsen er således foreløpig kun anvendt i forbrukerforhold.

Den konkrete problemstillingen mht avtalesensur etter § 36 og arbeidstakers erstatningsansvar, har meg bekjent verken blitt behandlet i forarbeider, retten eller i litteraturen.

Imidlertid er problemstillingene mht servitørers ansvar regulert i tariffavtalen. Tariffavtalen vil således være et relevant moment i anvendelsen av urimelighetskriteriet på avtaler om ansvar for servitører.

I forhold til oppgavens problemstilling vil hensynet til arbeidsforholdets særegenheter i mange henseender utvide adgangen til revisjon av avtalevilkårene, jf også arbeidsmiljølovens preseptoriske karakter. Dessuten vil løsninger etter skl. og de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper, samt erstatningsrettslige hensyn, spille inn i urimelighetsvurderingen.

Vanlig praksis vil også være en indikator på hva som anses rimelig eller urimelig.

Bestemmelsen gjelder bare på formuerettens område, jf avtl. § 41. I Høyesteretts dom av 26.10.2004 drøftes adgangen til å sette til side en avtale om omplassering av arbeidstaker pga ugyldighet etter avtl. § 36. Selv om avtalen ikke settes til side i dommen, anvendes dommen på en arbeidskontrakt uten å drøfte anvendeligheten av bestemmelsen på et slikt forhold. Det forutsettes således at bestemmelsen er anvendelig på arbeidsrettens område.

3 Hensyn i vurderingen av arbeidstakers erstatningsansvar

3.1 De klassiske erstatningsrettslige hensyn

De erstatningsrettslige hensyn er sentrale i vurderingen av i hvilken utstrekning erstatningsplikt bør pålegges den enkelte, både ved ansvarspåleggelse hjemlet i loven og i avtale. I avveiningen mht ansvar på avtalerettslig grunnlag vil hensynene få mindre vekt fordi et sentralt mothensyn da er at avtaler skal holdes.

Prevensjonshensynet²¹

Med prevensjonshensynet menes hensynet til at en regel om erstatning vil ha preventiv effekt, altså slik at regelen forhindrer eller i alle fall forminsker faren for at skadegjørende handlinger eller unnlater foretas. Prevensjonshensynets viktigste effekt er antageligvis økt aktsomhet, og hensynet vil særlig ha vekt ved tingsskader.

Prevensjonshensynet virker inn på vurderingen av arbeidstakers erstatningsplikt på to måter. På den ene siden er det klart at en av preventive hensyn bør ilegge arbeidstaker ansvar for enkelte handlinger, da mulighetene for å gjøres erstatningsansvarlig er et incentiv til mer aktsom adferd for den enkelte. Momentet får styrket vekt etter hvert som arbeidstakerens uaktsomhet blir grovere. Imidlertid kan andre, både juridiske og ikke-juridiske sanksjoner, som f.eks. oppsigelse, også gi prevensjon i et arbeidsforhold. Det er imidlertid ikke gitt at andre juridiske sanksjoner alltid kan gjøres gjeldende, da kravene for at disse kan gjennomføres jevnt over er svært høye.

På den annen side er det klart at et objektivt ansvar for arbeidsgiver vil virke preventivt ovenfor denne, slik at trusselen om økonomisk tap vil føre til bestrebelser på å gjøre gode ansettelse, ha god oppfølging og dessuten gode sikkerhetsrutiner.²² Det synes klart at en arbeidsgiver som vet at den ikke tar noen risiko ved å presse arbeidstakerne til å jobbe

²¹ Lødrup op. cit., s. 94

²² Ibid., s. 114, s. 172

hardere eller ved å spare inn på opplæring, lett vil kunne gjøre dette under et ønske om økt gevinst. Dette taler for at arbeidsgiver i svært mange situasjoner bør bære ansvaret for de skader og det tap bedriften lider som følge av arbeidstakers skadevoldende handling, i alle fall dersom arbeidsgiver i noen utstrekning kunne minsket faren for skade. Dersom arbeidsgiver er å laste for den oppståtte situasjon, vil en vel dessuten ofte komme til at arbeidstakeren ikke har opptrådt culpøst.

Prevensjonshensynet trekker altså i retning av at arbeidsgiver bærer ansvar iallfall så fremt denne kunne minsket skadepotensialet, men at arbeidstaker i noen situasjoner må bære ansvaret selv.

Pulveriseringshensynet²³

Med pulverisering menes at tapskostnadene fordeles, slik at erstatninger ikke fører til økonomisk ruin for skadevolder.

Pulveriseringshensynet vektlegger bl.a. hvem som er nærmest til å forsikre seg. I et arbeidsforhold vil det antageligvis anses som mest nærliggende at arbeidsgiver forsikrer virksomheten, slik at forsikringsordninger blir en del av driftskostnadene for arbeidsgiver. På denne måten vil arbeidsgiveren kunne kanalisere ansvaret til virksomheten for skader som naturlig bør bæres av denne.²⁴ Dessuten kan kostnadene ved tap i virksomheten dekkes inn direkte som driftskostnader. I begge tilfellene vil erstatningsansvaret fordeles på bedriftens kunder, og i større monn på samfunnet som helhet.

De tap oppgaven omhandler er i utgangspunktet små og relativt jevnlig. Pga tapets karakter kan en således tenke seg at også arbeidstaker kan pulverisere sitt tap, ved å innberegne et visst tapsbeløp i den lønn eller tips han får.

²³ Lødrup op. cit., s. 98 flg.

²⁴ Ibid, s. 172

Jf pulveriseringshensynet kan altså både arbeidstaker og arbeidsgiver ilegges erstatningsansvaret ved skader oppstått under utførelse av arbeid. Ved større tap vil hensynet imidlertid være et moment for at arbeidsgiver bærer tapet.

Reparasjonshensynet²⁵

Med reparasjonshensynet menes at tapet flyttes fra skadelidt til skadevolder. Bakgrunnen for hensynet er rettferdighet, dvs. at den som volder skaden også skal dekke den, selv om skaden ikke er voldt på ens egne ting.

Reparasjonshensynet kan også sees på som læren om risikofordeling, slik at spørsmålet blir hvem som bør bære omkostninger ved skaden. Hovedsynspunktet her er at den som volder en skade også bør dekke tapet denne påfører skadelidt.

Spørsmålet er imidlertid mer komplisert i arbeidsforhold enn for øvrig, blant annet fordi det er arbeidsgiver som har rett til arbeidsresultatet og fordi det er arbeidssituasjonen som er det risikoskapende moment.²⁶ Skadepotensialet skyldes med andre ord arbeidsplassen, og det er dermed ofte riktig at arbeidsgiver bør ha risikoen for skader som inntreffer.

Omkostninger ved skader bør derfor i større grad enn vanlig bæres av arbeidsgiver, som skadelidt.

Samtidig kan det i forhold til den konkrete skadeforvoldelse være mer rettferdig at arbeidstakeren bærer omkostningene. Der arbeidstaker f.eks. har voldt skaden forsettlig eller ved grovere former for uaktsomhet, eller der arbeidstakers handlinger er sentrale for hendelsesforløpet mens risikoen ved arbeidssituasjonen ikke har hatt nevneverdig innvirkning, vil det kunne fremstå som rettferdig at arbeidstakeren bærer risikoen. Ved store tap kan andre hensyn tilsi at det i så fall skal lempes i utmålingen.

²⁵ Ibid, s. 85 flg.

²⁶ Jf Norsk Lovnøkkel, s. 22

Reparasjonshensynet kan således virke i begge retninger i forhold til erstatningsansvar for arbeidstaker.

3.2 Hensynet til arbeidskontraktens særegenheter

Hensynet til det særegne ved et arbeidsforhold vil ha innvirkning på problemstillingene oppgaven stiller i flere henseender. For det første er det klart at hovedreglen om lemping av erstatningskravet mot arbeidstaker er begrunnet i forholdets karakter. Dessuten er hensynet sentralt som et vurderingsmoment i vurderingen av eventuell avtalerevisjon av erstatningsklausuler.

I vurderingene under legges til grunn at arbeidsforholdet er av en slik karakter som nevnt innledningsvis, altså at arbeidstakerne er ufaglærte, unge og uorganiserte. Det er arbeidsmarkedet for denne typen arbeidstakere som ligger til grunn for resonnementene.

Styrkeforholdet

For det første er arbeidskontrakten preget av et ulikt styrkeforhold mellom kontraktspartene. Med styrkeforholdet menes at det bl.a. er ujevn balanse hva gjelder profesjonalitet, kunnskap om rettigheter og plikter, og muligheter for påvirkning av kontraktsforholdet på alle stadier.

I likhet med i forbrukerkjøpsloven, håndverkertjenesteloven m.fl. er arbeidskontrakten regulert av preseptoriske regler, jf aml. § 5. Reglene i disse lovene er vedtatt med sikte på at forbrukeren/arbeidstakeren er den svakere part i kontraktsforholdet, slik at de preseptoriske regler gjør at en del kontraktsvilkår som er til ugunst for den svake part blir lovstridige og må settes til side. Dette er en retts teknisk forenkling av de vanligste problemstillingene i de typene kontraktsforhold der den ene parten er den annen underlegen, slik at en stort sett ikke trenger å gå veien om avtalerettslig ugyldighet etter f.eks. avtl. § 36 for å hevde den svakeste parts rettigheter. Styrkeforholdet i kontrakten gjør

altså at sosiale hensyn søkes ivarettatt gjennom lovgivningen ved spesifiserte lovbestemmelser.

Styrkeforholdet vil særlig ha betydning i forhold til revisjon av avtaler.

Situasjonen ved avtalens inngåelse

Et skille mellom arbeidskontrakter og andre kontrakter der partene har ulikt styrkeforhold vil ofte være situasjonen ved avtalens inngåelse. For forbrukere i andre situasjoner vil det ved avtaleinngåelsestidspunktet stort sett være mange ulike aktører man kan få inngått tilsvarende kontrakter med, og det vil ofte ikke spille noen avgjørende rolle for forbrukeren hvilken leverandør han benytter seg av. Ved inngåelsen av arbeidskontrakter vil det for arbeidstakeren i nevnte yrkesgrupper stort sett være et "take it or leave it" forhold med tanke på arbeidskontrakten, da det å finne seg en annen arbeidsplass vil være et alternativ tilknyttet mye usikkerhet. Dette gir arbeidsgiver større mulighet til å presse gjennom de vilkår denne ønsker enn det andre sterke parter i forbrukerforhold har. Det er derfor grunn til å ha et sterkere preseptorisk vern av arbeidstaker enn av andre forbrukere. Dessuten vil betraktningen ha betydning i vurderingen av revisjon av avtalevilkår.

Styringsretten

Videre er arbeidstaker i utføringen av sin kontraktsforpliktelse underlagt arbeidsgivers styringsrett. Arbeidstaker er således forpliktet til å følge instruksjoner og handle i tråd med disse, så fremt de beslutninger som treffes faller innenfor de rammer som følger av det generelle saklighetskrav²⁷ og ikke er i strid med arbeidsavtalen eller loven. Dessuten er det arbeidsgiveren som avgjør bemanningsplaner og dermed arbeidstempo, og som står for opplæring og instruksjoner. Det at en kontraktspart har slik avgjørende innflytelse over den annen kontraktsparts oppfyllelse, tilsier at arbeidsgiveren får et strengere ansvar enn det han ellers ville hatt.

²⁷ Jakhelln op. cit., s. 42

Kontraktens viktighet for arbeidstakeren

Arbeidsforholdet er for en arbeidstaker en stor del av livet, både økonomisk og trivselsmessig. Det er av langt større betydning for den enkelte å ha en arbeidskontrakt enn å ha andre kontrakter. Adgangen til å være i arbeid er essensielt for den enkelte. Således er det mye viktigere for arbeidstakeren enn for arbeidsgiveren at en bestemt arbeidstaker – en selv – blir stående i stillingen, eller får tilbud om å få en stilling. Dette åpner opp for store muligheter til å ilegge arbeidstakeren urimelige arbeidsvilkår eller avkreve ham urimelige byrder under kontraktsforholdet. I frykt for å miste arbeidsplassen kan den enkelte finne seg i mye som av samfunnet ikke oppleves rettmessig. Dette tilsier at en bør ha forholdsvis strengt preceptorisk lovvern av arbeidstakere, noe som må gjenspeile seg i tolkning av både lover og avtaler, og sensur av sistnevnte.

Arbeidssituasjonens risikoskapende moment

Ved utførelse av arbeidsoppgaver vil arbeidstaker alltid løpe en risiko for å opptre skadevoldende. Svært ofte vil denne risikoen bli forsterket av at en opptrer i et arbeidsforhold, slik at adferd som normalt sett ikke ville fått konsekvenser, kan gi skader og tap i arbeidssituasjonen. På den ene siden må dette stille høye krav til arbeidstakerens adferd, dersom denne er klar over risikoen for skader. På den andre side er det ofte verken rimelig eller rettferdig at det er arbeidstakeren som alene bærer risikoen for skader den påfører bedriften – i alle fall ikke med tanke på gevinstfordelingen (se under). Dette er også hovedbegrunnelsen bak et arbeidsgiveransvar, sett i relasjonen arbeidsgiver – arbeidstaker. Det at det er arbeidssituasjonen som øker risikoen for skader, er et moment i vurderingen av ileggelse av både lovhjemlet og avtalehjemlet ansvar.

Risiko- og gevinstfordelingen

I tråd med alminnelig kontraktsrett bærer arbeidstakeren risikoen for sitt eget oppmøte. Risikoen er imidlertid i hovedsak begrenset til risikoen for lønn, altså slik at denne ikke får utbetalt lønn ved manglende oppmøte, uansett årsak, der lovgivningen ikke oppstiller unntak, som f.eks. ved sykdom. På den annen side er arbeidstakerens gevinst ved arbeidet også som hovedsak begrenset til lønnen, og det uavhengig av hvordan det ellers går på

arbeidsplassen. Dersom arbeidstakeren ikke utfører arbeidsoppgavene tilfredsstillende, er det sanksjoner etter aml. som kan gjøres gjeldende.

Utover arbeidstakerens lønn, også der denne er supplert av bonusordninger etc. (som etter min kunnskap ikke er spesielt vanlig i de omtalte yrkesgrupper), er det dermed arbeidsgiver som har gevinsten av det utførte arbeidet. Det er således arbeidsgiveren som bærer risikoen for at arbeidsinnsatsen resulterer i et for ham positivt arbeidsresultat.²⁸

Det er altså arbeidsgiveren som har rett til arbeidsresultatet. Økt utbytte og gode resultater avspeiles i arbeidsgivers overskudd, tilsvarende som negativt utbytte vil være arbeidsgivers risiko. I dette ligger at hvorledes arbeidsgiver utøver styringsrett og forøvrig styrer virksomheten, direkte vil innvirke på dennes utbytte. I hvilket tempo og på hvilken måte arbeidstakerne utfører sin forpliktelse vil dermed i første omgang innvirke på arbeidsgivers økonomi. Arbeidstakerens utøvelse av oppgavene vil på den annen side ikke ha innvirkning på hans egen inntjening i nevneverdig grad. (Her må kanskje oppstilles et unntak for tips i serveringsbransjen.)

Når arbeidstakers utførelse av arbeidsoppgaver på denne måten i hovedsak har betydning for arbeidsgivers gevinst, er det rimelig å anta at det stort sett bør være arbeidsgiver som bærer risikoen for de uhell og tap som skjer under utføring av oppgavene. Ubegrenset adgang til å ilegge noen erstatningsansvar for handlinger utført for å øke andres inntjening, vil lett ikke oppfattes som rettferdig. I tillegg er det som nevnt arbeidssituasjonen som er det risikoskapende moment. Man kan dermed anta at muligheten for tap bør følge muligheten for gevinst, dersom tungtveiende hensyn ikke taler for en annen løsning.

²⁸ Jakhell, op. cit., s. 19

3.3 Hensynet til rimelighet og rettferdighet

Hva som oppleves som en rimelig og rettferdig løsning på spørsmål om erstatning for arbeidstakere vil i stor utstrekning følge av vurderinger med utgangspunkt i hensynene redegjort for ovenfor. Dessuten vil den konkrete rimelighet og rettferdighet ha betydning.

4 Kort om tariffavtalen

4.1 Generelt om tariffavtalers rettskildemessige betydning

Relevans

Tariffavtaler er utarbeidet mellom likeverdige parter, og vil således gi uttrykk for det som av dem oppfattes som en riktig fordeling av plikter og rettigheter. Innholdet i en tariffavtale vil således betraktes som i alle fall akseptable eller rimelige løsninger på konkrete rettsspørsmål.

Pga ufravikelighetsprinsippet i Arbeidstvistloven § 3 nr. 3 har tariffavtaler avgjørende betydning for innholdet i de individuelle arbeidsavtaler, i alle fall i de bedrifter der enkelte er organisert. Ofte vil imidlertid også bedrifter der ingen er organisert anvende vilkår i samsvar med de tariffavtalene inneholder. Slik gir tariffavtalene uttrykk for hva som er vanlig og rimelig praksis i bransjen.²⁹

Tariffavtaler kan således ha betydning for tolkning av lover. Dette fremkommer bl.a. av Rt. 1985, s. 1141.³⁰ Dette vil si at tariffavtalen er et relevant tolkningsmoment i drøftelsene i forhold til både bestemmelsen i skl., og i urimelighetsvurderingen etter avtl. § 36.

Tariffavtalenes bestemmelser vil både være relevante for å fastslå hva som er aksepterte løsninger i de konkret rettsspørsmål tariffavtalen regulerer, men også mer generelt fordi de gir uttrykk for i hvilken grad fravikelse av deklarasjoniske lover anses akseptabelt.

Vekt

I utgangspunktet er tariffavtaler innenfor et rettsområde et svært viktig moment, fordi de representerer en løsning likeverdige parter på begge sider i et arbeidsforhold synes er rimelig. Motvekten til dette momentet er imidlertid at tariffavtalen er et resultat av

²⁹ Jakhelln, op. cit., s. 93

³⁰ Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. v/ Helgesen, 2001, s. 255

kompromisser, der ikke nødvendigvis alle løsninger løsrevet fra avtalens helhet kan ha stor vekt fordi de som enkeltstående klausuler ikke vil virke særlig rimelige.

Tariffavtalers vekt forsterkes av at de ofte gir uttrykk for hva som er vanlig praksis, og dette er en tungtveiende rettskilde, både i forhold til lovtolkning og praktisering av urimelighetsvilkåret etter avtl. § 36. Imidlertid er det i serveringsbransjen svært mange servitører og restauranter som arbeider uten tariffavtale. Dette tilsier at avvikende praksis kan være like vanlig.

Høyesterett har lagt til grunn at avtaleloven § 36 har begrenset betydning i forhold til tariffavtaler, jf Rt. 1996 s. 1696.³¹ Tariffavtalenes rimelighet eller urimelighet må likevel være relevant ved fastsettelse av tariffavtalens vekt som tolkningsmoment for de individuelle avtaler. Tariffavtalens vekt vil således også bli bestemt av om vilkårene fremstår som rimelige og rettferdige.

Uansett vil tariffavtalens vekt, som alle andre rettskilders vekt, være relativ, slik at bestemmelsenes vekt avgjøres av hvilke andre rettskilder som regulerer tilsvarende spørsmål. Dersom andre rettskilder taler tungt mot at loven skal tolkes i samsvar med tariffavtalens bestemmelser, vil ikke nødvendigvis tariffavtalen få avgjørende vekt. Det antas uansett at det skal atskillig mer til for å tilsidesette en avtaleklausul som urimelig der denne samsvarer med en tariffbestemmelse enn der denne ikke gjør det.

4.2 Tariffavtalens regulering av de konkrete spørsmål

Tariffavtalen regulerer servitørers ansvar overfor arbeidsgiver i gitte situasjoner. I avtalens pkt 12 reguleres forholdet til bl.a. stikkregninger, behandling av nattsafepose og materielle skader.

³¹ Jakhelln, *Arbeidsretten*, I: Knophs oversikt over Norges rett, 11 utg., s 597–617, s. 589

Stikkregning

Tariffavtalens bestemmelser om erstatning som følge av manglende betaling fra gjester lyder:

"6. Betaling/kreditt

6.1 Når personalet finner det nødvendig, skal kontant betaling kunne kreves. Arbeidstakerens avgjørelse om dette, skal først, hvis mulig, forelegges en overordnet. Innvilger en overordnet kunden kreditt, er bedriften ansvarlig.

6.2 Stikk.

Det skal mellom partene på bedriften avtales retningslinjer for tilfelle hvor gjesten forlater stedet uten å betale regningen (stikk). Om slik avtale ikke gjøres, er servitøren ikke ansvarlig for større del av regningen enn beløpet fratrasket bedriftens avanse av varene, med mindre partene på bedriften blir enige om en annen avregningsmåte.

6.3 I de tilfelle hvor gjesten ikke kan eller vil betale regningen, skal personalet straks kontakte overordnet. Unnlater overordnet å gripe inn eller er overordnet eller annen arbeidsgiverrepresentant ikke å få tak i, er personalet uten ansvar."

Utgangspunktet for stikkregninger er at servitøren er ansvarlig, uansett stikkregningens årsak. En slik regel illegger servitøren en handlingsplikt ved forsøk på stikkregninger, slik at unnlatelse av overholdelse av handlingsplikten er erstatningsbetingende. Ansvar er objektivt. Hensynene bak et slikt ansvar er sannsynligvis en antagelse om at stikkregning stort sett i alle tilfelle kan avverges av den enkelte servitør, samt en forenkling av bevisetemaet slik at bedriften ikke trenger å påvise at servitøren har opptrådt uaktsomt for å illegge denne ansvar.

Ansvar er imidlertid begrenset til bedriftenes varekostnader. Det økonomiske tap en bedrift lider ved en stikkregning, vil jo være utsalgsprisen på mat og drikke. Begrensningen i erstatningsplikten begrenser således ansvaret i stor grad - kostnadene for mat og drikke ligger gjerne mellom 25 og 35 prosent av utsalgsprisen. Unntaksvis vil begrensningen ha lite å si, f.eks. for dyr vin.

Det er imidlertid åpnet opp for at andre avtaler om ansvar for stikkregninger kan gjøres. Dessuten oppstilles det i bestemmelsen et par unntak fra det objektive ansvaret.

Jf pkt 6.3 er en servitør som varsler en overordnet om en gjests manglende betalingsvilje eller –evne ikke ansvarlig for oppgjøret fra denne. Dette regulerer de situasjoner der en servitør er oppmerksom på at en gjest ikke vil betale, og gjelder primært ikke de alminnelige stikkregninger, der gjesten går usett fra regningen. Unntaket er således snevert, men det fratar servitøren ansvar i en situasjon der denne åpenbart ikke er å laste for det inntrufne.

Dessuten kan servitøren heller ikke ilegges ansvar for stikkregninger der servitøren uttrykte ønske er å avkreve gjestene kontant betaling, mens en overordnet isteden innvilget gjesten kreditt. I hovedsak antas at de fleste restauranter ikke ville tillate sine servitører å avkreve gjester betaling med en gang, f.eks. der gjestene er ute og spiser en større middag med flere retter og bestilling av flere vinflasker i løpet av kvelden. Unntaket er således ofte ikke praktisk.

Bestemmelsene hjemler altså et tilnærmet objektivt ansvar for servitører der gjestene stikker fra regningen.

Pengemangel

I forhold til problemstillingen mht tap av penger sier tariffavtalen følgende:

”4. Dagsoppgjør o.l.

4.1 Det skal mellom partene på bedriften gjøres avtale om avleveringssted for dagsoppgjør o.l. og rutiner i forbindelse med dette.

Avtalen skal inneholde regler om ansvar/ansvarsfrihet for innlevert oppgjør.

(...)

5. Beholdning - vekslekaske

(...)

5.2 I de tilfelle arbeidstakeren må ha beholdning/vekslekaske, skal bedriften sørge for et forsvarlig låsbart

oppbevaringssted for disse. Arbeidstakeren er ikke ansvarlig for sin beholdning/vekslekaske hvis bedriften eller andre personer har nøkkel til oppbevaringsstedet og/eller adgang til beholdning/vekslekaske. Bedriften skal allikevel kunne oppbevare ekstranøkkel i forseglet konvolutt.”

I forhold til dagsoppgjør hjemler tariffavtalen avtalefrihet i forhold til erstatningsansvar.

I forhold til egen vekslekaske – servitørlommebøker – sies det ingen ting om situasjonen dersom denne forsvinner eller det er svinn fra den i løpet av en vakt.

Materielle skader

Ved skade eller tap regulerer tariffavtalen erstatningsspørsmålet som følger

” 2. Skade/tap

Personalet er forpliktet til å erstatte skade eller tap av f.eks. inventar, servise eller drikkevarer som skades eller går tapt grunnet overtredelse av vanlig aktsomhetsplikt.

Spørsmålet om erstatning skal, uten opphold, tas opp med vedkommende arbeidstaker og dennes tillitsvalgte. Erstatningssummen skal fastsettes på grunnlag av innkjøpsverdien fratrukket slitasje. Vedrørende fradrag i lønn, vises til Arbeidsmiljølovens § 55.”

Ved skade eller tap er servitøren etter bestemmelsen ansvarlig dersom denne har opptrådt culpøst etter alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Sempel uaktsomhet er dermed tilstrekkelig til å ilegge servitøren erstatningsansvar for materielle skader.

Erstatningsplikten er begrenset siden det er innkjøpsverdien, eventuelt fratrukket slitasje, som skal erstattes. Det antas at den vanligste skade en servitør påfører bedriften er å miste eller velte drikkevarer eller mat. I så fall er erstatningsplikten i samsvar med alminnelige erstatningsrettslige prinsipper – det økonomiske tap en bedrift lider ved velting av en øl er bedriftens kostnad ved ølen.

5 Generelt om ansvar etter skl.

5.1 Vurderingskriteriet for ileggelse av ansvar: "Så vidt det finnes rimelig"

Rimelige rettsvirkninger

Ordlyden tilsier at kravet for å ilegge ansvar er om det etter omstendighetene anses rimelig. Det er den konkrete rimelighet som er avgjørende. I Innst. II s. 49 uttales at arbeidsgiver bare kan kreve dekning av arbeidstaker når og i den utstrekning det finnes rimelig. Rimelighetsstandarden har således betydning både for om erstatningsansvar kan ilegges, og for hvor stort erstatningskrav som kan ilegges.

I vurderingen av rimelighet må bestemmelsens oppregnede momenter telle inn.

Sett i lys av andre rettskilder

"Rimelig" er en rettslig standard, som vil utvikles gjennom tid og praksis. Utgangspunktet for en rimelighetsvurdering av erstatningsspørsmål må således taes i de klassiske erstatningsrettslige hensyn, sammenholdt med hensynet til arbeidsforholdets særegenheter, praksis i tilsvarende virksomheter og tariffavtaler på området. Hvor grensen for hva som er rimelig må dras, er således en avveining av hvor stor vekt de ulike momenter har i den konkrete sak, slik at resultatet blir rimelig og rettferdig.

5.2 Momenter i rimelighetsvurderingen

5.2.1 "utvist adferd"

Etter sin ordlyd må det være hvor klanderverdig adferden er som menes med "utvist adferd". I og med at ansvarsgrunnlag allerede er fastslått, vil den utviste adferden herunder bare være et moment i rimelighetsvurderingen.

I Innst. II omtales punktet som ”utvist skyld”, mens det i Ot.prp. nr. 48 (1965-1966) er endret til ”utvist adferd”. Det uttales begge steder at jo grovere skyld som har vært utvist, jo rimeligere vil det være at arbeidsgiveren har et erstatningskrav mot arbeidstaker. Det forutsettes at det ved uaktsomhet som bare så vidt er erstatningsbetingende ikke vil være rimelig å ilegge arbeidstaker erstatningsansvar, mens grov uaktsomhet på grensen til forsett kan gi arbeidsgiver i alle fall en viss dekning fra arbeidstaker.

Jf Innst. II s. 49 kan handlinger som er uaktsomme ift skadelidte ikke nødvendigvis antas å være uaktsomme i forhold til arbeidsgiver, da arbeidsgiver kan være nærmere å laste for skaden. I dette må ligge at arbeidstaker i utgangspunktet har opptrådt erstatningsbetingende, men at arbeidsgiver likevel bør bære risikoen for skaden. Dette kan f.eks. være ved påleggelse av ekstra høyt arbeidstempo som gir økt mulighet for skade eller ved at virksomheten av andre grunner lett vil medføre skade selv under normale forhold. Betragtningen må gjelde også der arbeidstakeren skader arbeidsgiver direkte.

Den nærmere vurderingen av betydningen av hvem som er nærmest å laste for skaden og av hvor grov skyld arbeidstaker må ha utvist for at det er rimelig å ilegge ham ansvar foretas under pkt 5.3., dvs. etter at det er redegjort for de andre punktene som har betydning for rimelighetsvurderingen i forhold til ansvarsileggelser.

5.2.2 ”økonomisk evne”

Etter sin ordlyd må man i vurderingen av rimeligheten av ansvarsileggelsen også ta i betraktning arbeidstakerens økonomiske evne.

Jf Ot.prp. nr. 48 vil arbeidstakernes økonomiske evne avhenge av hans formuesforhold, inntekt og inntektsmuligheter m.m., slik at det er hans økonomiske evne generelt som er avgjørende. Selv om det ikke fremgår av lovens ordlyd må det være naturlig å se økonomisk evne i sammenheng med tapets størrelse, slik det gjøres i lempingsbestemmelsen i § 5 -2.

Et av hovedhensynene bak lemping, å ikke stille skadevolderen i et økonomisk uføre, blir ivarettatt av dette momentet, fordi lemping etter økonomisk evne kan tilsi at en erstatningsplikt tilpasses skadevolders økonomi. Den økonomiske evne vil således primært ha vekt ved fastsettelse av erstatningsansvaret, og være et moment for nedsettelse av ansvarets omfang.

De tap som oppgaven behandler, er forutsatt å være ganske små. Slik sett vil også arbeidstaker ha økonomisk evne til å dekke tapene, jf betraktningene under pulveriseringshensynet. Arbeidstakerens økonomi tilsier dermed stort sett ikke at erstatningskravets størrelse skal lempes for servitører.

5.2.3 "arbeidstakerens stilling"

Innstilling II forutsetter at hvorvidt arbeidstaker er over- eller underordnet vil være et moment i rimelighetsvurderingen. Det fremheves derunder at manglende tilsynsmuligheter fra arbeidsgiver er et moment som taler for illeggelse av arbeidstakeransvar.

En servitør har en underordnet stilling, og er i stor grad underlagt styring og instruksjon fra overordnede. Dette taler mot at det vil være rimelig å ilegge denne ansvar. Samtidig er servitører til dels svært selvstendige i sin utføring av oppgaver, noe som gjør tilsyn med den enkelte servitørs gjøremål under en vakt vanskelig. Dette bør det imidlertid kunne kompenseres for gjennom reglementer og instruksjoner som definerer klart hvordan arbeidsoppgavene skal utføres. Servitørers arbeidsoppgaver er ikke så komplekse at slike er vanskelig å utforme. Dersom det plutselig oppstår en uforutsett situasjon, er det antageligvis ikke rettmessig at arbeidstakeren må bære risikoen for utfallet av den.

Servitørens selvstendige utføring av oppgaver tilsier dermed at arbeidsgiver bør utforme reglementer for å minske skaderisikoen, se pkt 5.3.1.

Videre skal, jf Innstilling II, vederlagets størrelse spille en rolle, både med hensyn til lønnens absolutte størrelse, og dessuten målt opp mot den lønn som er vanlig å betale for tilsvarende arbeid. Det fastslås at det for en med høyt vederlag lettere vil vurderes som rimelig at denne må bære en del av ansvaret ved skade. Dette er i tråd med hensynet til rettferdighet.

Servitører tjener, arbeidstidens plassering og manglende overtid- eller ubekvemstillegg tatt i betraktning, ikke spesielt godt. Imidlertid får servitører ofte tips, hvilket antageligvis er grunnen til aksept av forholdsvis lav lønn.

Hvilket utslag servitørens lønn gir seg i forhold til rimeligheten av erstatning, vil være konkret. Lønnen må vel måles opp mot alminnelig lønn i samfunnet (for ukvalifisert arbeidskraft), og tipsen må vurderes i forhold til hva som er vanlig i bransjen. Uansett kan det nok som utgangspunkt sies at lønnens absolutte størrelse tilsier at det stort sett ikke er rimelig at servitøren må bære ansvar.

5.2.4 "og forholdene for øvrig"

Med forholdene for øvrig understrekes for det første at vurderingen av rimelighet er konkret. Dessuten understrekes at de oppregnede momenter ikke får mer vekt enn andre relevante momenter som måtte trekke i den ene eller andre retning.

Etter Innst. II s. 50 uttrykkes således at det ikke er noen begrensning med hensyn til de omstendigheter som det kan tas hensyn til ved rimelighetsvurderingen. Som eksempler er nevnt arbeidsgivers – og arbeidstakers økonomiske situasjon, om arbeidsgiver er dekket eller burde vært dekket av forsikring for ansvaret og om arbeidsgiver har forsømt sin veiledningsplikt. Betydningen av sistnevnte drøftes under pkt 5.3.1.

Arbeidsgivers og arbeidstakers økonomiske situasjon må vurderes konkret, men det er vel nærliggende å anta at førstnevnte er i en økonomisk situasjon der denne bedre kan håndtere et økonomisk tap enn sistnevnte.

I den utstrekning arbeidstaker påfører arbeidsgiver tap av en mindre størrelsesorden, vil det antageligvis ikke være spesielt aktuelt for arbeidsgiver å benytte seg av forsikringsordninger for å dekke tapet. En generell forsikringsplikt for tap bør likevel arbeidsgiver ha dersom større skader oppstår. Ved mindre skader vil hensynet til forsikringsplikt ikke være avgjørende, jf også betraktningene over.

Dersom arbeidstaker har opptrådt straffbart vil det også være et moment som taler i favør av at det er rimelig å ilegge arbeidstakeren ansvar.

5.3 Generell vurdering av adgangen til ansvarsileggelser etter skl.

5.3.1 Om ansvar for simpelt eller grovt uaktsomme handlinger

Problemstillingen er om det som hovedregel kan fastslås at arbeidstakeren må ha opptrådt grovt uaktsomt for at ansvar er rimelig å ilegge.

På den ene side er det nærliggende å anta at det ville kommet klarere til uttrykk i lovteksten dersom det var ment at arbeidstakere ikke skulle kunne gjøres ansvarlig for simpel uaktsomhet. På den annen side er en hovedregel om lemping, der utvist adferd er et av momentene, et moment som taler for at det ikke nødvendigvis er tilstrekkelig med simpel uaktsomhet for ileggelse av ansvar. Dessuten er reglene om arbeidsgiveransvar en pekepinn på hvordan rettsordenen ser for seg at tap som skyldes arbeidstakers handlinger skal erstattes, pga arbeidsforholdets særegenheter. Samtidig gir en skjønnsmessig bestemmelse om lemping en mulighet for fleksibilitet, slik at det kan være grunn til å tro at en kan ilegge et visst ansvar allerede ved simpel uaktsomhet.

Ut fra uttalelsene i forarbeidene, jf pkt 5.2.1., kan det likevel se ut som om simpel uaktsomhet ikke er tilstrekkelig til å ilegge ansvar. Det anføres der at verken rimelighetsbetraktninger eller andre grunner tilsier erstatningsansvar for arbeidstaker der uaktsomheten bare så vidt er erstatningsbetingende. Samtidig uttales det i Ot.prp. nr. 48 at *”det ikke bør være noe kategorisk vilkår om at regress bare skal kunne gjøres gjeldende når skaden er voldt ved forsett eller grov uaktsomhet.”*

Jf ”Norsk Lovnøkkel” vil det i praksis bare være de grovere tilfelle av skyld som gir grunnlag for regress.

Samtidig bærer alle mennesker risikoen for de uaktsomme handlinger de utfører til daglig, jf de alminnelige erstatningsrettslige prinsipper. Samfunnets krav til aktsomhet tilsier således at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig for ileggelse av ansvar.

Dessuten ilegger tariffavtalen ansvar på dels culpøst, dels objektivt grunnlag. Dette taler for at det er rimelig å ilegge arbeidstaker ansvar for simpel uaktsomhet. Vanlig praksis i bransjen vil variere alt ettersom hvilke skadegjørende handlinger det er snakk om å ilegge ansvar for.

Dessuten taler hensynet til prevensjon for at i alle fall et delvis ansvar for simpel uaktsomhet bør kunne gjøres gjeldende der arbeidsgiver ikke har hatt, eller bare i svært begrenset utstrekning har hatt, mulighet til å innvirke på de situasjoner som oppstår, og situasjonene dessuten ikke primært er et resultat av arbeidssituasjonens ekstraordinære risiko. Dersom arbeidstakeren ikke kunne gjøres ansvarlig for simpel uaktsomhet i slik tilfelle, ville det være vanskelig for arbeidsgiver å yte påvirkning mht adferd. Dette kan imidlertid ofte avhjelpes ved reglementer.

Dessuten må man jf forarbeidene ta i betraktning hvem som er nærmest å laste for den inntrufne skade.

Betraktningene rundt hvem som er nærmest å laste for den inntrufne skade må sees i sammenheng med lemping pga skadelidtes medvirkning, som er lovfestet i skl. § 5 -1. Lemping ut fra skadelidtes medvirkning er begrunnet med at verken reparasjonshensynet, prevensjonshensynet eller alminnelige rettferdighetsforestillinger tilsier at skadevolder alene skal bære ansvar der skadelidt også er å laste.³² I relasjonen arbeidsgiver – arbeidstaker vil arbeidsgiver være skadelidt, ettersom det er den første av de to som har lidt økonomisk tap. I forhold til skl. § 5-1 uttaler Lødrup at det kritikkverdige er at skadelidte ”har øket risikoen for at skadevolder voldte skaden”. Det kan i dette ikke ligge noe krav om at skadelidt har opptrådt kritikkverdig e.l., kun at han etter en vurdering av hendelsesforløpet rent faktisk har øket risikoen for at skadevolder voldte skaden.

Skaderisikoen kan i arbeidsforhold deles i den alminnelige og den ekstraordinære risiko. Størrelsen på stedets alminnelige risikopotensial, f.eks. situasjonen der gjester sitter slik at det er svært lett å gå usett fra regningen, vil være et moment i vurderingen. Dessuten vil den ekstraordinære risiko, der arbeidsgiver har øket risikoen for skadeforvoldelse utover det som er nødvendig og normalt, være sentral. F.eks. vil illeggelse av høyt arbeidspress være et moment som taler mot at det er rimelig at arbeidstakeren skal bli ansvarlig, selv om denne har opptrådt uaktsomt. I tillegg må en gå ut fra at arbeidsgiver har en forpliktelse til å redusere risikoen for skadeforvoldelse dersom han har muligheten til dette, f.eks. ved innføring av bedre sikkerhetsrutiner eller ved å utferdige gode instruksjoner. Begrunnelsen for dette er at det er arbeidssituasjonen som er det risikoskapende moment, kombinert med at arbeidsgiver har rett til arbeidsresultatet. Dersom arbeidstaker bare så vidt har opptrådt uaktsomt, vil dette kunne medføre større konsekvenser for arbeidstakeren enn tilsvarende opptreden kunne medført i andre situasjoner uten tilsvarende risikopotensial. Det er arbeidsgiveren som i utgangspunktet bør bære risikoen for det skadepotensial utøvelse av virksomheten har. Det kan derfor være grunn til å lempe ansvaret også der arbeidsgiver ikke etter beste evne har redusert risikoen for at skadevolder voldte skaden.

³² Lødrup, op. cit., s. 365

Et forhold som må tas i betraktning er dermed hvorvidt arbeidsgiver har ivaretatt sin veiledningsplikt, eller utferdiget de reglementer han burde for å forhindre skader. Dersom arbeidsgiver forsømmer sin veiledningsplikt, vil dette være et moment mot ileggelse av ansvar for arbeidstaker. Det samme må gjelde der arbeidsgiver kunne senket risikoen for skade ved utforming av klare reglementer og dette ikke er gjort. Betydningen av forsømt veiledningsplikt, og dermed også manglende reglementer, vil imidlertid variere med om hendelsen kunne vært avverget ved bedre veiledning, derunder om hendelsens karakter tilsier at veiledning hadde vært avgjørende for handlingen. Dersom en arbeidstaker opptrer grovt uaktsomt, vil denne ofte selv ha innsett at handlingen hadde et potensial til å gi arbeidsgiver tap. Da spiller det liten rolle om arbeidstaker er veiledet eller ikke i forhold til spørsmålet. Dette er fastslått ift arbeidstakers erstatningsplikt ovenfor tredjemann i Rt. 1981 s. 678, og betraktningen må få vekt også i forhold til arbeidsgiver direkte. Med andre ord vil manglende reglementer eller veiledning være et moment for lemping av ansvar der arbeidstaker har opptrådt uaktsomt, men som hovedregel ikke der han har opptrådt grovt uaktsomt.

I forlengelsen av vurdering av arbeidstakers veilednings- og reglementsplikt, må det vurderes hvilke rettsvirkninger overtredelse av reglementer eller instruksjoner skal ha for ansvarsspørsmålet. Dersom arbeidstakeren overtrer instruksjoner fra overordnet, bør det antageligvis ikke være arbeidsgiver som bærer risikoen for konsekvensen av overtredelsen, bortsett fra i forhold til tredjemann. Reglementer har nettopp til formål å redusere virksomhetens risikopotensial, og en arbeidsgiver må kunne vente at arbeidstakeren forholder seg til reglementet. Det må altså som utgangspunkt være tilstrekkelig med simpel uaktsomhet der arbeidstakeren overtrer reglementer. Et sentralt moment i så måte er hvor klare og entydige reglementene er. Dersom reglementene er skjønnsmessige og uklare, vil det for den enkelte arbeidstaker ikke være enkelt å vurdere om han faktisk overtrer reglementene eller ikke. Dessuten vil også i hvilken utstrekning reglementene er tilkjennegjort for arbeidstaker være et moment i vurderingen av konsekvensen av overtredelsen. Det vil således i hovedsak være overtredelse av klare regler som arbeidstaker

er tydelig informert om som arbeidstakeren bør bære risikoen for, og altså er ansvarlig for på simpelt uaktsomt grunnlag.

Konklusjon:

Etter en avveining av momentene, med særlig vektlegging på uttalelser i forarbeider og hensynet til arbeidsforholdets risiko, må hovedreglen være at arbeidstaker ikke kan ilegges erstatningsansvar for simpel uaktsomhet. Unntak må oppstilles der arbeidstaker har brutt klare reglementer eller instruksjoner som han var informert om, eller der andre tungtveiende hensyn taler for det, som f.eks. der den skadegjørende handling i liten eller ingen utstrekning har sammenheng med virksomhetens risiko. Dersom arbeidsgiver kunne minsket risikoen for skadeforvoldelse via reglementer, er dette et moment som uansett taler mot ansvar for simpel uaktsomhet. Ved grovt uaktsomme handlinger vil arbeidstaker som hovedregel alltid ilegges erstatningsplikt. Unntaksvis kan arbeidsgivers økning av risiko eller manglende regulering av forholdet muligens tilsi en annen løsning. En løsning der hovedreglen er at arbeidstaker må ha vært grovt uaktsom for at ansvar skal ilegges, men med ansvar for simpel uaktsomhet i spesielle tilfeller, harmonerer med det som er alminnelig antatt etter dansk rett.³³

Både der arbeidstaker er ansvarlig for simpel og grov uaktsomhet kan det dessuten lempes ved fastsettelse av erstatningsplikts omfang. I denne vurderingen står utvist skyld, arbeidstakerens økonomiske evne og tapets størrelse sentralt. Jo grovere skyld som er utvist, jo mindre grunn kan det være til å lempe også her. Dessuten er det ved små tap ikke grunn til å lempe, mens det ved større tap bør lempes pga arbeidstakerens økonomi. Det sistnevnte forsterkes av arbeidsgivers forsikringsplikt. Dersom arbeidet i tillegg har et særlig risikopotensial for større skader, og arbeidstakeren dermed påfører arbeidsgiveren mye større tap enn det han ville gjort ved tilsvarende adferd på andre livsområder, taler dette dessuten for at arbeidstaker ikke bør bære hele tapet.

³³ Møller & Wiisbye, op. cit., s. 475

5.3.2 Særlig om forsettlige handlinger

Problemstillingen under dette punkt er om erstatningsansvar alltid vil være ”rimelig” å ilegge arbeidstaker der denne har opptrådt forsettlig skadeforvoldende.

I forhold til regressansvaret etter skl. § 2-3 første ledd vil denne problemstillingen stort sett ikke oppstå, da det er antatt at forsettelige handlinger som oftest ikke faller innenfor arbeidsgiveransvaret³⁴, slik at arbeidsgiver ikke vil ha en plikt til å dekke tapet i utgangspunktet. Ved forsettlige handlinger mot tredjeperson vil således arbeidstaker selv i hovedsak være ansvarlig for tapet tredjeperson blir påført. Problemstillingen vil således primært være aktuell der arbeidstaker forsettlig har påført arbeidsgiver tap.

Reglen om at arbeidstakers forsettlige skader på tredjeperson ikke er omfattet av arbeidsgiveransvaret, er imidlertid et moment som tilsier hvorledes rettssystemet ser på ansvar for forsettlige handlinger. Hvorvidt arbeidstakeren utøver forsettlig skadeforvoldelse i forhold til tredjemann eller arbeidsgiver, bør ikke være avgjørende for hvem som bør bære ansvaret. Dette tilsier at det alltid vil være rimelig å ilegge arbeidstaker ansvar for forsettlige handlinger, også i forhold til skader påført arbeidsgiver.

Ut fra hensynet til prevensjon, vil det dessuten være større grunn til å anse erstatningsansvar for rimelig jo mer klanderverdig arbeidstaker har opptrådt. Andre former for prevensjon for forsettlig skadeforvoldelse kan tilfredsstille dette behovet, men ikke nødvendigvis i tilstrekkelig grad.

Reparasjonshensynet tilsier uansett at det er arbeidstaker som bør bære ansvaret. Det oppleves ikke som rettferdig hvis en forsettlig skade ikke skal dekkes av den som utfører den skadegjørende handling.

³⁴ Jf Lødrup, op. cit., s. 185, fordi forsettlige handlinger stort sett vil være å gå utenfor det som er rimelig å regne med

Dessuten er det ikke det særlige risikomomentet i et arbeidsforhold som materialiserer seg dersom arbeidstaker forsettlig utøver skadeforvoldelse. Risikobetraktninger tilsier dermed også at det er arbeidstaker selv som burde bære skaden.

Der arbeidstaker utøver forsettlig skadeforvoldelse vil heller ikke eventuell mangel på reglement være avgjørende for handlingsforløpet.

Konklusjonen må dermed bli at det som hovedregel alltid er rimelig å ilegge arbeidstakeren ansvar for forsettlig skadeforvoldelse.

Arbeidstakerens økonomiske evne kan unntaksvis likevel tilsi lemping av ansvaret ved utmålingen, men det må skulle sterkere grunner til for å begrunne en slik lemping av erstatningsomfanget enn der skadeforvoldelsen var (grovt) uaktsom. F.eks. kan lav alder og ruin for resten av livet tilsi lemping av ansvarets omfang.

6 Ansvar etter skl. i de konkrete tapssituasjonene

6.1 De grunnleggende erstatningsbetingelser

En forutsetning for ileggelse av erstatningsansvar etter loven, og for at vurderingen etter skl. i det hele tatt skal foretas, er at de erstatningsrettslige vilkår til skadegjørende handling og ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng og økonomisk tap er oppfylt. Drøftelsene av de grunnleggende erstatningsbetingelser er således primært tatt med for å avklare om ansvar i det hele tatt kan pålegges med hjemmel i skl. i forhold til de konkrete spørsmål oppgaven tar sikte på å behandle.

Dersom en kommer til at ansvar ikke kan pålegges etter skl. pga manglende oppfyllelse av de grunnleggende erstatningsbetingelser, vil det i forhold til avtalehjemlet ansvar være et tungtveiende moment for at avtalen er urimelig, jf pkt 8 flg.

6.2 Om bevisbyrde for at betingelsene foreligger

Hovedreglen i norsk erstatningsrett at uklart faktum rammer skadelidte. Det er således arbeidsgiver som har bevisbyrden for at arbeidstakeren har opptrådt uaktsomt,³⁵ og for at det forligger ansvarsgrunnlag³⁶.

Imidlertid kan en i enkelte tilfeller gjøre gjeldende at det bør gjelde en regel om omvendt bevisbyrde. En regel om culpaansvar med omvendt bevisbyrde vil imidlertid være en strengere regel enn en alminnelig culparegel, og må begrunnes i tungtveiende hensyn.

I enkelte typer av erstatningsspørsmål opererer loven med snudd bevisbyrde. Jf Lødrup kan en også utenfor lovbestemte tilfelle operere med omvendt bevisbyrde, dersom det er skadevolder som sitter inne med mulighetene til å skape klarhet om hva som har skjedd.

³⁵ Lødrup, op. cit., s. 165

³⁶ Lødrup, op. cit., s. 317

Dessuten kan en også operere med svakere krav til bevisets styrke for at uaktsomhet har funnet sted. Lødrup uttaler i denne sammenheng at *”Har hendelsesforløpet vært slik at det normalt ikke inntreffer skade med mindre det har funnet sted en uaktsomhet, vil det lett bli lagt til grunn.”*³⁷

Dersom servitøren er nærmest til å avklare hva som har skjedd, og det dessuten er slik at skaden normalt ikke vil skje dersom det ikke har vært utvist uaktsomhet, vil det således kunne være rettmessig å snu bevisbyrden. Dette må gjelde også på andre forhold enn ansvarsgrunnlaget.

Påleggelse av omvendt bevisbyrde der servitøren ikke sitter inne med muligheter til å skape klarhet, eller der skaden like gjerne kan skje uten at det er utvist uaktsomhet, vil derimot ikke være rettmessig. Dersom det ikke er enklere for servitøren å bevise sin uskyld enn hva det er for arbeidsgiver å bevise servitørens skyld, eller det ikke foreligger noen presumsjon om at arbeidstaker har opptrådt uaktsomt, vil et ansvar med omvendt bevisbyrde bli tilnærmet det samme som et objektivt ansvar. Da er det ikke rimelig at arbeidstakeren skal ilegges risikoen for skyldspørsmålet.

6.3 De konkrete tapstilfellene og erstatningsbetingelsene

6.3.1 Stikkregning

Skadegjørende handling eller unnlatelse

En betraktning i forhold til stikkregninger er at det er gjestene som står for den skadegjørende handling i og med at det er de som stikker fra regningen. I så fall er et ansvar for stikkregninger et ansvar som går utover et alminnelig ansvar, i og med at servitøren får ansvar for andres skadegjørende handling. Dette står skarpt i kontrast til de alminnelige erstatningsrettslige betingelser, slik at disse i så fall ikke er oppfylt.

³⁷ Lødrup, op. cit., s. 166

Imidlertid kan betraktningen også være at servitøren er ilagt en handlingsforpliktelse ved stikkregning, slik at det er manglende oppfyllelse av handlingsforpliktelsen som er den skadegjørende handling. Med andre ord er den skadegjørende handling en unnlatelse. Det synes at dette må være begrunnelsen bak tariffavtalens regulering av arbeidstakers ansvar, og dessuten den praksis som i dag finnes i forhold til stikkregninger. Det forutsettes for det følgende at den skadegjørende handling er servitørens unnlatelse av å forhindre at gjestene stikker fra regningen.

Ansvarsgrunnlaget

Et grunnleggende prinsipp i erstatningsretten er at en i det minste skal ha opptrådt uaktsomt for å ilegges et erstatningsansvar, slik at servitørens unnlatelse av å ha stoppet gjestene fra å stikke fra regningen må ha vært uaktsom.

Tariffavtalens bestemmelser ilegger et tilnærmet objektivt ansvar for stikkregninger, og står i skarp kontrast til kravet om uaktsomhet. Til tross for tariffavtalers relevans ved tolkning av lov som regulerer samme spørsmål, jf kapittel 4, kan en tariffavtale ikke hjemle et lovtolkningsalternativ som medfører fravikelse av en så grunnleggende og sentral regel som vilkåret om uaktsomhet som ansvarsgrunnlag.

Dermed vil det være sentralt å fastsette hvor grensen for uaktsomhet går hva gjelder servitørens behandling av gjestene. F.eks. har gjester etter innføring av røykeloven selvsagt anledning til å ta med seg vesker og jakker ut for å røyke. Dessuten kan servitøren heller ikke motsette seg at gjestene går fra bordet for å gå på toalettet etc. Som et utgangspunkt kan en heller ikke tillegge den enkelte servitør at den er uaktsom dersom den ikke følger etter gjesten i disse tilfellene og passer på at gjesten faktisk gjør som den sier. Til det vil servitøren aldri ha kapasitet om han skal kunne utføre det arbeid som arbeidsgiveren forventer. Det vil altså være en rekke tilfeller hvor servitøren ikke har noen handlingsplikt selv om gjestene går fra bordet uten å betale.

Videre er servitøren heller ikke uaktsom dersom denne oppdager at en gjest forsøker å stikke fra regningen, og derfor enten prøver å snakke gjesten til rette, eller kontakter en overordnet. Sistnevnte adferd er heller ikke erstatningsbetingende etter tariffavtalen. Uansett kan det ikke stilles krav til at servitøren fysisk prøver å stoppe gjesten, da dette verken er lovlig eller særlig behagelig. Servitørens handleplikt går således ikke særlig langt.

Dessuten vil det i en rekke tilfelle være nærmest umulig for en servitør å ha kontroll med hvorvidt gjestene forlater restauranten eller ikke. Som servitør vil en hele tiden måtte bevege seg mellom bar, restaurant og kjøkken, og kan ikke kontinuerlig holde gjestene under oppsikt. Dermed vil det ofte ikke være uaktsomt av en servitør dersom denne unnlater å forsøke å stoppe gjester som går uten å betale, rett og slett fordi servitøren ikke er klar over at gjestene går, og denne mangelen på kunnskap ikke kan tillegges servitøren som uaktsom.

Vurderingen av om servitøren har vært uaktsom, er med andre ord konkret. De tilfelle der servitøren kan tenkes uaktsom i forhold til stikkregninger er f.eks. der servitøren sitter i telefon på bakrommet eller skravler med andre servitører, og av den grunn ikke holder gjestene under oppsyn.

Hensynet til retts teknisk forenkling kan tilsi at en snur bevisbyrden for arbeidstakers uaktsomhet. Ettersom arbeidstakeren ikke har bedre mulighet til å sikre bevis om sin egen aktsomme adferd enn arbeidsgiver, og fordi det på generelt grunnlag absolutt ikke kan antas at stikkregninger skyldes arbeidstakers uaktsomhet, vil det ikke være rimelig å snu bevisbyrden her.

Det fremgår av det ovenstående at det svært sjelden vil kunne påvises ansvarsgrunnlag for illeggelse av ansvar for stikkregninger.

Årsakssammenhengsspørsmålet

En kan uansett stille spørsmålstegn ved hvilket grunnlag arbeidsgiver kan ha for å ilegge arbeidstaker ansvar for gjestens stikkregning. Problemstillingen kan sees på som et spørsmål om det foreligger årsakssammenheng mellom arbeidstakers uaktsomhet og gjestenes stikkregning.

Vurdering av årsakssammenheng tar utgangspunkt i betingelseslæren³⁸ som uttrykkes ved ”Hvis B ville ha inntruffet om A tenkes borte, er ikke A årsak til B”. Med andre ord, dersom gjestene hadde stukket av selv om en tenker bort servitørens uaktsomme unnlattelse, vil servitørens unnlattelse ikke kunne regnes som årsak til stikkregning. I så tilfelle er servitøren ikke erstatningsansvarlig på erstatningsrettslig grunnlag.

Det som stort sett vil avgjøre om tredjemann stikker fra regningen, er ikke arbeidstakers uaktsomme unnlattelse, men hvorvidt tredjemann ønsker å unngå å betale. De som ønsker å stikke fra en regning vil stort sett gjøre det, dersom en f.eks. ikke avkrever alle gjester kredittkort ved ankomst, uavhengig av arbeidstakers uaktsomhet. Den som ikke ønsker å stikke fra regningen, vil derimot ikke gjøre det, stort sett uansett hvor fraværende servitøren er. Stikkregninger forekommer således ofte der arbeidstaker intet er å laste. Det er således ikke mer sannsynlig at stikkregninger skyldes arbeidstakers uaktsomme unnlattelse enn at de ikke gjør det.

Det kan dermed på generelt grunnlag ikke fastslås at stikkregninger står i årsakssammenheng med arbeidstakers uaktsomhet. I en konkret situasjon er det dessuten umulig å fastslå om gjestene ville stukket av fra regningen uansett om servitøren hadde opptrådt uaktsomt eller ikke. Det understrekes at det er arbeidsgiver som har bevisbyrden for at det foreligger ansvarsgrunnlag.

Det fremgår av dette at det i hovedsak ikke kan påvises årsakssammenheng mellom servitørens uaktsomme unnlattelse og gjestenes stikkregning.

³⁸ Lødrup, op. cit., s. 296

Økonomisk tap

Det økonomiske tap en bedrift lider som følge av en stikkregning er det gjesten ville betalt for ytelsen, altså regningens pålydende. I tariffavtaler er hovedreglen, med åpning for avtaler om andre løsninger, at det bare er bedriftens kostpris som skal dekkes av arbeidstaker.

6.3.2 Pengemangel

Ansvarsgrunnlag

For at det skal foreligge ansvarsgrunnlag for pengemangel, må arbeidstaker også her ha vært uaktsom. F.eks. kan det være uaktsomt dersom servitøren mister penger ut av lommeboken uten å merke det. Uaktsomheten vil være tilnærmet umulig å påvise, fordi det er servitøren selv som har kontroll over egen kasse og oppgjør. Servitører går stort sett med lommeboken festet på hoften, eller har nattsafeposen under sin kontroll, og det er ikke mulig for arbeidsgiver å kunne finne ut hvorfor arbeidstakeren mangler penger eller oppgjør.

Spørsmålet blir således om en kan oppstille en regel om omvendt bevisbyrde i de tilfeller der penger forsvinner. Fordi det er servitøren som er nærmest til å skape klarhet om hva som har skjedd, og fordi forsvunne penger stort sett vil skyldes arbeidstakers uaktsomhet, f.eks. ved at han gir igjen feil veksel e.l., synes det som en rimelig risikofordeling at servitøren må ha bevisbyrden. Dette må gjelde både hva gjelder nattsafeposer og oppgjør forøvrig. Det vil dermed foreligge ansvarsgrunnlag for ileggelse av erstatningsansvar ved pengemangel dersom servitøren ikke kan bevise sin uskyld.

Årsakssammenheng & Økonomisk tap

I disse relasjonene oppstår ingen spesielle problemer.

6.3.3 Materiell skade

Skadevoldende handling

Under dette punktet påfører servitøren arbeidsgiveren tap, enten ved skade på tredjemann som arbeidsgiver må dekke, eller ved skade på arbeidsgiver direkte. Den skadegjørende handling består i ødeleggelse av ting, her spesifikt velting av øl eller søling på gjester. I utgangspunktet er det ingen spesielle problemstillinger i tilknytning til dette, men det understrekes at det, der det er andre enn servitøren som velter eller søler ølen, f.eks. en gjest, ikke er servitøren som har forvoldt noen skade. I så fall kan servitøren etter erstatningsrettslige regler heller ikke ilegges et ansvar.

Ansvarsgrunnlag

Dersom servitøren har veltet noe, er spørsmålet således om veltingen kan tillegges servitøren som uaktsomt. Det å søle eller velte ting er en relativt normal foreteelse innen serveringsbransjen, og de aller fleste opplever dette i løpet av en vakt. Jo hyppigere skader kan oppstå, jo mer må skulle til før arbeidstakeren gjøres erstatningsansvarlig for dem.³⁹ Dette tilsier at ikke all velting av øl er uaktsomt, i og med at uaktsomhet fordrer at en ikke har oppfylt de krav til forsiktighet som en med rimelighet kan forvente. Når slike handlinger skjer alle og enhver, vil en, selv om man er innenfor kravet til den forventede forsiktighet, kunne velte ting.

Grensen for uaktsomhet må således trekkes opp slik at det kun er søling og velting utover det normale som er uaktsomt.

Årsakssammenheng

Dersom en servitør velter eller søler drikkevarer, er det klart at det er årsakssammenheng mellom skaden og tapet.

³⁹ Jf også Møller & Wisbyer, op. cit., s. 475

Økonomisk tap

Til forskjell fra punktet stikkregninger, vil det økonomiske tap her være kostpris. Så lenge servitøren kan servere en ny øl til gjesten, har bedriften kun tapt ølens innkjøpsverdi. Dette er således det økonomiske tapet bedriften kan kreve dekning for.

6.4 Om ansvar i de konkrete tapstilfellene etter skl.

Omstendighetene rundt en stikkregning, tap av nattsafepose eller velting av drikkevarer kan være mange. Her taes sikte på å gi noen grunnleggende retningslinjer i forhold til ansvarssituasjonen for arbeidstaker.

Det forutsettes i tråd med drøftelsene under pkt 5.3.2 at arbeidstaker alltid er ansvarlig ved forsettlig handlinger.

Dessuten forutsettes i tråd med drøftelsene under pkt 5.3.1 at arbeidstaker alltid er ansvarlig for grov uaktsomhet, og dessuten for simpel uaktsomhet dersom uaktsomheten består i brudd på klare reglementer eller instruksjoner han var tydelig informert om. Vurderingstemaet er hvorvidt det foreligger omstendigheter som tilsier at det er rimelig å gjøre arbeidstaker ansvarlig for simpel uaktsomhet utover dette.

6.4.1 Ansvar for stikkregninger

Fordi den skadegjørende handling er en unnlattelse, og den kun i unntakstilfelle kan tillegges servitøren som uaktsom, vil det sjelden foreligge ansvarsgrunnlag for ansvar for stikkregninger. Dessuten vil det vanskelig kunne bevises at det foreligger årsakssammenheng mellom servitørens eventuelle uaktsomme unnlattelse og gjestens stikkregning. Derfor vil ansvar for stikkregninger antageligvis aldri kunne innrømmes etter loven. En vurdering av rimelighetskriteriet jf skl. § 2 -3 er således ikke nødvendig i forhold til stikkregninger.

Arbeidstaker kan ikke gjøres erstatningsansvarlig for stikkregninger på lovhjemlet grunnlag.

6.4.2 Ansvar for pengemangel

Det minnes om at det jf vurderingen under de alminnelige erstatningsrettslige betingelser er oppstilt omvendt bevisbyrde for tilfeller der penger forsvinner. Dette tilsier antageligvis at vurderingen av om en er ansvarlig for grov eller simpel uaktsomhet ikke får så stor effekt i forhold til ansvarsileggelsen, fordi arbeidstakeren uansett er ansvarlig inntil det motsatte er bevist. Prinsipielt kan det likevel diskuteres hvilken ansvarsform arbeidstaker må tilbakevise at han har utvist.

Å miste penger eller oppgjøret i løpet av en vakt er en typisk risiko forårsaket av arbeidssituasjonen. Dette tilsier at pengemangel bør følge hovedreglen om grov uaktsomhet. På den annen side vil tapet ved å miste penger ikke være større i arbeidssituasjonen enn der man mister penger i det private. Dette tilsier at det i alle fall for svinn av penger fra lommeboken bør være tilstrekkelig med simpel uaktsomhet.

Dessuten har arbeidsgiveren i svært begrenset utstrekning mulighet til å forhindre at den enkelte servitørs vekslепenger forsvinner, også ved reglementer. Dette taler for at ansvar kan ilegges på simpelt uaktsomt grunnlag.

Dessuten bør arbeidstakeren kunne holde styr på penger han mottar. Preventive hensyn tilsier dermed at det er arbeidstakeren som bør bære ansvar for sine vekslепenger, dersom denne har opptrådt uaktsomt.

Etter vanlig praksis i serveringsbransjen er servitørene ansvarlig for både oppgjør og nattsafeposer på objektivt grunnlag. Dette taler for at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig til ileggelse av ansvar i begge tilfeller.

I tariffavtalen er det avtalefrihet mht ansvar for tap av nattsafeposer. Dette taler for at det også for nattsafeposer må være tilstrekkelig med simpel uaktsomhet. I forhold til nattsafeposer må det imidlertid kunne stilles krav til at arbeidsgiver har utarbeidet reglementer for behandling av nattsafeposer dersom arbeidstaker skal gjøres ansvarlig på simpelt uaktsomt grunnlag.

Arbeidsgivers ekstraordinære økning av risiko for skader kan også her spille inn. Ekstra høyt tidspress vil f.eks. gjøre det lett å regne feil og gi tilbake feil veksel, ha manglende oversikt over bordene sine, og dessuten gjøre det lettere å rote med kredittkortlapper etc. Dersom arbeidsgiver således er nærmere til å bære risikoen for den skade som har inntruffet, bør en falle ned på at arbeidstaker kun er ansvarlig dersom denne har opptrådt grovt uaktsomt.

Konklusjonen må bli at arbeidstaker kan gjøres ansvarlig for pengetap på simpelt uaktsomt grunnlag. Særlig vektlagt er da det forhold at det er arbeidstaker som selv har kontroll over pengene. Dersom arbeidsgiver har øket risikoen for tap utover det normale, eller ikke har utferdiget reglement for behandling av nattsafeposer, må arbeidstaker ha opptrådt grovt uaktsomt for å bli ilagt ansvar.

Uansett kan omfanget av erstatningsforpliktelsen lempes etter retningslinjene i pkt 5.3.1, siste avsnitt.

6.4.3 Ansvar for materielle skader

Tariffavtalen regulerer ansvaret for materielle skader til å være simpel uaktsomhet. Dette er et tungtveiende moment for at simpel uaktsomhet er tilstrekkelig.

Dessuten er listen for culpa hevet i og med at skader er relativt vanlige. I dette ligger at det er mange skader en arbeidstaker forårsaker som han ikke vil bli ansvarlig for, selv på

simpelt uaktsomt grunnlag. Den som ikke er like forsiktig som de andre arbeidstakerne, bør muligens bære tapet selv.

Dessuten kan arbeidsgiver vanskelig utferdige reglementer som reduserer velting eller søling, og dette taler også for ileggelse av ansvar på simpelt uaktsomt grunnlag.

På den annen side er velting og søling en svært typisk del av en restaurants risikopotensial. Dette taler pga arbeidsforholdets særegenheter tungt for at arbeidsgiver bærer tapet der arbeidstaker ikke har vært grovt uaktsom.

Praksis i bransjen er dessuten varierende hva gjelder ansvar for materielle skader. Det er mange steder slike skader dekkes av arbeidsgiver, uten at det stilles spørsmål om årsaken til skaden. Dette er et moment mot ileggelse av ansvar på simpelt uaktsomt grunnlag.

Det anses dermed for rimelig og naturlig at det er arbeidsgiver som stort sett bærer risikoen for materielle skader som forårsakes som en del av den alminnelige utførelsen av oppgaver.

Konklusjonen må bli at arbeidstaker bare er ansvarlig for materielle skader dersom han har opptrådt grovt uaktsomt.

7 Generelt om ansvar etter avtale

7.1 Vurderingskriteriet for lemping av avtalen: "urimelig å gjøre gjeldende"

Urimelige rettsvirkninger

Etter avtl. § 36' ordlyd er problemstillingen om det vil være urimelig å gjøre erstatningskrav gjeldende. I Ot.prp. nr. 5 uttales det at det i formuleringen "urimelig" ligger at *"et vilkår må være positivt urimelig for at det skal kunne lempes; det er selvfølgelig ikke nok at det kan tenkes rimeligere løsninger. "Urimelig" må oppfattes som i seg selv et ganske strengt kriterium, som det ikke vil være kurant å påberope"*. Det er i rettspraksis og i teorien støttet opp under at det må ligge en klar forskjell mellom den rimeligste løsning og virkningene av kontraktsvilkårene før bestemmelsen kommer til anvendelse.

Det er kontraktens urimelighet på oppfylleelsesstadiet som er det sentrale.⁴⁰ Vurderingen er konkret.⁴¹ "Avtalens innhold" vil være det sentrale for å fastslå avtalens rettsvirkninger.

Etter en helhetsvurdering

For at en rettighet helt eller delvis skal være urimelig å gjøre gjeldende, må spørsmålet vurderes ut fra avtalen som helhet.⁴² Dette innebærer bl.a. at de momenter som spiller inn på urimelighetsvurderingen må sees i sammenheng, og dessuten at en urimelighet et sted kan kompenseres for et annet sted i avtalen. Det taes her som forutsetning av arbeidsavtalene forøvrig ikke kompenserer for klausulene om utvidet erstatningsansvar, da dette for det første ikke antas vanlig, og dessuten gjør situasjonen uoversiktlig. Det bemerkes imidlertid at dette kan ha betydning.

⁴⁰ Selvig & Hagstrøm, *Kontraktsrett til studiebruk*, 1997, hefte I, s. 93

⁴¹ Ibid, s. 92

⁴² Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 2 utg. 1998, s. 272

Dessuten må alle omstendigheter ved avtalen taes i betraktning, derunder partenes stilling og forhold ved avtalens inngåelse. Dersom det er usikkert om et avtalevilkår i seg selv er kvalifisert urimelig, kan disse forholdene tilsi at det skal lempes.

Sett i lys av andre rettskilder

Videre må resultatet av kontrakten vurderes mot en målestokk for å finne om dette er kvalifisert urimelig.⁴³

Denne målestokken er først og fremst andre rettskilders løsning på rettsspørsmålet, dvs. skl. § 2-3, erstatningsrettslige prinsipper og hensyn, hensynet til arbeidsforholdets særegenheter, tariffavtaler og vanlig praksis. Dessuten vil hensynet til rimelighet og rettferdighet spille inn.

7.2 Urimelighetskriteriet og avtalefrihetens grenser

I ”urimelig å gjøre gjeldende” ligger altså om resultatet ved å gjøre kontrakten gjeldende er kvalifisert urimelig. I tråd med dette standpunkt må en dermed se på forholdet mellom avtaleloven § 36 og skl. § 2-3. Skl. angir at ansvar bare kan ilegges dersom det er ”rimelig”. Bestemmelsen er således en regel om lemping av ansvar. Avtl. angir at avtalevilkår bare kan lempes dersom de fremstår som ”urimelige” å gjøre gjeldende, og er således en regel om lemping av avtaler. Selv om begge bestemmelsene anvender den rettslige standarden (u)rimelig som vurderingskriterium, er bestemmelsene prinsipielt forskjellige.

Skl. gir anvisning på det resultat som er rimeligst. Det skal derfor et avvik til før en avtalemessig forskyvning av dette resultatet kan kalles urimelig etter avtl. § 36. Årsaken til avviket ligger primært i at mens rimelighetsvurderingen etter skl. er en vurdering der ingen rettskilder taler mot at den rimeligste løsningen velges, vil avtalelovens regel alltid ha et

⁴³ Selvig & Hagstrøm op. cit., s. 94

tungtveiende motargument i at avtaler skal holdes. Det er innenfor området mellom rimelig etter skl. og urimelig etter avtl. man har avtalefrihet mht påleggelse av ansvar, og spørsmålet er hvor langt avtalefriheten i så henseende strekker seg.

7.3 Momenter i urimelighetsvurderingen

7.3.1 "Avtalens innhold"

Med "avtalens innhold" menes hvilke vilkår og rettsvirkninger avtalen gir anvisning på. "Avtalens innhold" er således det som søkes å gjøre gjeldende etter kontrakten. I relasjon til oppgavens problemstilling oppstilles to alternative sett kontraktsvilkår, der det ene settet illegger arbeidstaker ansvar på objektivt grunnlag, og det andre settet illegger arbeidstaker ansvar på subjektivt grunnlag.

Ansvarsileggelser på henholdsvis subjektivt og objektivt grunnlag er således de rettsvirkninger som skal drøftes om vil være urimelige. Drøftelsen følger etter redegjørelsen for bestemmelsens andre momenter, ettersom de også vil ha betydning for utfallet av vurderingen.

7.3.2 "partenes stilling" & "forholdene ved avtalens inngåelse"

Med "partenes stilling" menes at bestemmelsen i første omgang tilsikter revisjon der den ene parten er den annen underlegen.⁴⁴ I dette må primært ligge at styrkeforholdet i denne typen kontraktsforhold gjør den ene parten underlegen den andre, slik at det om en part er særskilt svak eller sterk som person ikke får betydning for forholdet. Hvis en skulle legge særskilt vekt på partenes personlige forutsetninger, vil en særlig svak part kunne tilkjennes bedre arbeidsvilkår enn andre, og dette kan ikke vurderes som verken rimelig eller rettferdig. Arbeidstaker er underordnet arbeidsgiver, både ved

⁴⁴ Woxholt, *Avtalerett*, 3.utg. Oslo, s. 395

kontraktsinngåelsestidspunktet og i det etterfølgende kontraktsforholdet. I et arbeidsforhold er vi altså i kjernesonen av bestemmelsens virkefelt hva gjelder partenes stilling. Momentet partenes stilling vil bare få betydning dersom styrkeforholdet har påvirket avtalens innhold og tilblivelse.⁴⁵

Med ”forholdene ved avtalens inngåelse” menes hvordan situasjonen var på tilblivelsestidspunktet. Arbeidstaker er arbeidsgiveren underordnet, og dermed den svakere part ved inngåelse av kontrakten. Det er stort sett, i denne typen yrker, arbeidsgivers marked, og man har ingen reell mulighet for innflytelse. Dette er en av hovedgrunnene til at arbeidsmiljøloven er preseptorisk, og en kan stille spørsmålstegn ved om arbeidstakeren rent praktisk har hatt avtalefrihet ved inngåelse av en arbeidsavtale der han har vært uten påvirkningsmuligheter. Dersom arbeidstaker ikke har noen reell mulighet til å påvirke avtalens innhold, uten at denne mister muligheten til å få jobben, vil forhold ved avtalens inngåelse være et tungtveiende moment som taler for at det er urimelig å gjøre vilkår i avtalen gjeldende mot arbeidstakeren.

Den enkelte parts kunnskap og innsikt er også et moment, og dersom den ene parten ikke forsto at avtalen var urimelig for ham, er dette et moment i favør av lemping.⁴⁶ Ved inngåelsen av arbeidskontrakt om ansvar, er det ikke lett for en ung og ufaglært arbeidstaker å ha oversikt over egne rettigheter. For de fleste fremstår det kanskje heller ikke som umiddelbart urimelig at de må dekke feil som det i utgangspunktet ser ut som om de selv er skyld i. Det er derfor nærliggende å anta at arbeidstakeren ved kontraktsinngåelsestidspunktet ikke forsto at avtalen var urimelig for ham.

Partenes stilling og forholdene ved avtalens inngåelse er således tungtveiende momenter for lemping av avtalen.

⁴⁵ Hov, op. cit., s. 286

⁴⁶ Hov op. cit., s. 286

7.3.3 "senere inntrådte forhold"

Med senere inntrådte forhold menes utviklingen i avtaleforholdet i tiden mellom avtalens inngåelse og dens oppfyllelse.⁴⁷ Dette punktet vil stort sett ikke være av betydning i forhold til den oppstilte problemstilling.

7.3.4 "omstendighetene forøvrig"

Med "omstendighetene forøvrig" menes at oppregningen av momenter som kan taes med i vurderingen ikke er uttømmende, slik at alle omstendigheter som påvirker urimeligheten av rettsvirkningene vil være relevante. I Ot.prp. nr. 5 omtales bl.a. preseptorisk lov, deklarasjonslov og diskriminering som forhold som kan få betydning.

Dessuten er rettsområde et moment her, og det er antatt⁴⁸ at en vil være ekstra åpen for revisjon av avtaler i favør av bl.a. arbeidstakere, pga arbeidsforholdets særegenheter.

Erstatningens størrelse vil også kunne komme inn som et moment, og hvordan den vil påvirke arbeidstakerens livssituasjon hvis den gjøres gjeldende. Dette momentet taler her stort sett mot lemping, da de erstatningskrav som gjøres gjeldende i restaurantbransjen normalt er overkommelige. Det understrekes imidlertid at momentet kan brukes for å nedsette erstatningsbeløpets omfang fordi erstatningspliktens størrelse anses urimelig.

⁴⁷ Woxholt, op. cit., s. 400

⁴⁸ Hov, op. cit., s. 296

7.4 Generell vurdering av adgangen til ansvarsileggelser

7.4.1 Omstendighetene rundt avtalen

Partenes stilling og situasjonen ved avtalens inngåelse er jf drøftelsene over tungtveiende momenter for å legge listen for urimelighet relativt lavt. Det at avtalefriheten i praksis er svært begrenset, særlig pga kontraktens viktighet for arbeidstakeren, gjør dermed at en må stille mindre krav til urimelighet før man tillater revisjon av avtalen i arbeidsforhold enn i andre forbrukerforhold. Det samme tilsier rettsområdet vi er inne på. Ved tvil om avtalevilkår skal lempes kan disse forhold være avgjørende momenter.

7.4.2 Om ansvarsileggelser på hhv objektivt & subjektivt grunnlag

Hovedreglen om ansvar etter skl. er at arbeidstakers ansvar skal lempes. Problemstillingen her er om arbeidsgiver har anledning til å ilegge arbeidstaker hhv et objektivt eller subjektivt ansvar for sine skadegjørende handlinger. I forhold til det subjektive ansvaret vil det være den simple uaktsomhet som vurderes, da det først og fremst er dette som avviker fra skl's anvisning på ansvarsileggelser. Avtaler som samsvarer med deklarasjonslovgivning vil vanskelig anses urimelige.

En kontraktsklausul som definerer hva som anses som uaktsomt og dermed erstatningsbetingende, må vurderes konkret. Denne kan i realiteten anses for en ileggelse av objektivt ansvar, f.eks. der det fastsettes at det er uaktsomt av en servitør dersom denne ikke forhindrer at gjester stikker fra regningen. Dette tar i realiteten fra servitøren retten til å få konkret vurdert hvorvidt denne har opptrådt skadevoldende og uaktsomt etter en normal uaktsomhetsvurdering, og må stilles i samme kategori som objektivt ansvar.

7.4.3 Vurdering av ansvarsileggelsene

Adgangen til å avtale utvidet ansvar for arbeidstaker avhenger av hvilken ansvarsform det er snakk om, sett i lys av de andre rettskildene som får innvirkning på rimelighetsvurderingen.

Alminnelige erstatningsrettslige regler

Det grunnleggende prinsipp i erstatningsretten er at den som burde handlet annerledes skal erstatte det tap han forårsaker. I dette ligger først og fremst at den som opptrer uaktsomt skal erstatte den skade han påfører andre. Dette taler for at en avtale om ansvar på subjektivt ansvar ikke er urimelig.

Bakgrunnen for et objektivt ansvar er i forhold til dette noe som ilegges der det er særlig risikoskapende momenter ved en virksomhet e.l. som tilsier at den som driver virksomheten skal være ansvarlig uten skyld pga risikopotensialet ved virksomheten. Dette er også bakgrunnen for et arbeidsgiveransvar. Disse begrunnelsene kan ikke legitimere et objektivt ansvar for arbeidstaker fordi det er i arbeidsgiverens interesse han utfører sine handlinger, og taler for at det er urimelig å gjøre gjeldende en klausul om objektivt ansvar overfor arbeidstaker.

Alminnelige erstatningsrettslige vilkår for erstatningsplikt må dessuten være oppfylt for ileggelse av ansvar både på subjektivt og objektivt grunnlag. Dette taler for at ansvarsileggelsen er urimelig dersom disse vilkårene ikke er oppfylt.

Skadeserstatningsloven

Skadeserstatningsloven tilsier jf over at arbeidstaker kun er ansvarlig ovenfor arbeidsgiver dersom det anses rimelig. Jf vurderingene under kapittel 5 vil dette stort sett være når arbeidstaker har utvist mer enn alminnelig culpa. Bestemmelsen gir uttrykk for rådende oppfatning av hvordan ansvaret jf lovgiver burde fordeles ved erstatningsspørsmål som oppstår innenfor arbeidsrettens område.

I NOU 1979:32 s. 50 uttales under pkt 6.3 om forholdet mellom urimelighet og deklarasjoniske regler at ”rimeligheten av en slik annen løsning vil f.eks. avhenge av hvorvidt partene uttrykkelig har forhandlet om dette spørsmålet, styrkeforholdet mellom partene og avstanden mellom den deklarasjoniske regel og partenes løsning”. Ved inngåelsen av en arbeidskontrakt som nevnt er ansvarsspørsmålet ikke omforhandlet, og styrkeforholdet mellom partene er svært ujevnt, jf arbeidsforholdets særegenheter og betraktningene under partenes stilling. Dette tilsier at avviket fra den deklarasjoniske regel ikke kan være for stort.

Det er et langt sprang mellom skls regulering av ansvarsspørsmålet og et objektivt ansvar. Således er bestemmelsen et tungtveiende moment mot at man kan avtale ansvar på slikt grunnlag.

Bestemmelsens vekt forsterkes av at vi er inne på et rettsområde som i stor utstrekning er regulert av preseptorisk lovgivning. Dette kan tilsi at det skal mer til for å avvike deklarasjonisk rett her enn på andre rettsområder. En påleggelse av et normalt uaktsomhetsansvar er imidlertid ingen stor fravikelse av bestemmelsen, også fordi dette etter bestemmelsen selv i noen tilfeller vil være rimelig. Således er skl. intet tungtveiende moment mot at ansvar kan pålegges på subjektivt grunnlag.

Erstatningsrettslige hensyn

De erstatningsrettslige hensyn er redegjort for under pkt 3.2.

Prevensjonshensynet kan begrunne et strengere ansvar enn etter skl. der dette i stor grad vil forhindre skader. Det vil f.eks. kunne være tilfeller der arbeidstaker bør og skal være ekstra aktpågivende, noe som bør kunne ilegges arbeidstaker i arbeidskontrakten ved nødvendighet. Ved å utvide arbeidstakers ansvar, vil arbeidstaker antakeligvis være ekstra oppmerksom på de forhold det er snakk om. Slik sett vil et objektivt ansvar virke

preventivt. Dessuten vil prevensjonshensynet mer generelt tilsi at arbeidstaker burde kunne gjøres ansvarlig for simpelt uaktsomme handlinger.

På den annen side taler reparasjonshensynet for at arbeidsgiver bærer risikoen for skader, fordi det er arbeidssituasjonene som er det risikoskapende moment. Dette tilsier at ansvar for både simpel uaktsomhet, der andre omstendigheter ikke tilsier at det er rimelig, og for feil som arbeidstaker ikke kan klandres for, bør bæres av arbeidsgiver.

Hensynet til rimelighet og rettferdighet

Der det er vanskelig å påvise at arbeidstaker har opptrådt klanderverdig, kan rimelighetshensyn tale for at en bør kunne ilegge arbeidstaker objektivt ansvar. Begrunnelsen for dette er at erstatningsansvar ellers sjelden vil være mulig å gjøre gjeldende, og det ikke er rimelig at arbeidstaker ikke skal bære ansvar der han har opptrådt tilstrekkelig uaktsomt. Ved ileggelse av objektivt ansvar vil arbeidsgiver dermed ikke ha noen bevisbyrde mht ansvarsgrunnlag. Særlig vil dette være tilfelle i situasjoner som arbeidsgiveren har liten kontroll over.

Jf betraktningene under pkt 6.2. kan imidlertid bevisbyrden snus der tungtveiende hensyn taler for det. Klausuler om objektivt ansvar er i disse tilfellene således ikke nødvendige for å ivareta hensynet til rimelighet og rettferdighet. Der det ikke er adgang til ileggelse av omvendt bevisbyrde, vil det heller ikke være rimelig å ilegge objektivt ansvar for å forenkle bevistemaet. Altså taler hensynene for at regler om objektivt ansvar ikke skal kunne gjøres gjeldende. Om en kan ilegge ansvar for simpel uaktsomhet må følge av de andre vurderingene, da hva som er rimelig og rettferdig fremkommer av disse.

Arbeidsforholdes særegenheter

I et arbeidsforhold er det arbeidsgiver som har rett til arbeidsresultatet, og dermed bør denne som en hovedregel bære ansvaret dersom arbeidstaker påfører bedriften tap. Dersom plikten til å yte erstatning utover i de lovbestemte tilfellene blir overført til arbeidstaker uten at denne får rett til arbeidsresultatet – hvilket vel ikke er aktuelt – vil dette lett gi en

ubalanse mellom rettigheter og plikter i forholdet. Jf Ot.prp. nr 5 vil en avtales innhold anses urimelig bl.a. der avtalen medfører en urimelig fordeling av rettigheter og plikter.

Samtidig er tapene så små at de lett kan innberegnes i arbeidstakers lønn, som følgelig må bli litt høyere enn det den ellers hadde vært. Dersom jevnlig små tap er innberegnet i arbeidstakers lønn, kan dette tilsi at arbeidstaker skal kunne pålegges et objektivt ansvar, i alle fall i noen utstrekning. Det antas imidlertid at det ikke er tatt høyde for erstatningsbetingende adferd ved fastsettelse av de fleste servitørers lønn.

Dermed må i alle fall ansvar på objektivt grunnlag anses urimelig. Samtidig må også et alminnelig culpaansvar anses svakt urimelig, pga den forskyvningen mellom rettigheter og plikter en regel om et slikt ansvar kan føre til.

Vanlig praksis

Hagstrøm uttaler at ”veletablerte og allment praktiserte avtalevilkår” innenfor bransjen normalt ikke kan sensureres etter § 36.⁴⁹ I serveringsbransjen er det som nevnt innledningsvis relativt vanlig å ilegge arbeidstakerne et omfattende erstatningsansvar, ofte i tråd med tariffavtalens regulering av erstatningsspørsmål. Dette taler således for at slike kontraktsvilkår ikke anses som urimelige. I konkrete tilfeller kan imidlertid vanlig praksis gi anvisning på en avvikende løsning.

På den annen side er tilsvarende regulering av ansvar ikke vanlig i andre servicebransjer, f.eks. for ansatte i kles- og matvarebutikker. Praksis fra serveringsbransjen blir således intet tungtveiende moment for at vilkårene om objektivt ansvar ikke er urimelige.

Tariffavtalen

Tariffavtalen ilegger arbeidstaker ansvar på dels tilnærmet objektivt, dels subjektivt grunnlag, og hjemler dessuten en stor grad av avtalefrihet på området. Dette tilsier at stor fravikelse fra skls regler er ansett akseptabelt, derunder ileggelse av tilnærmet objektivt

⁴⁹ Woxholt, op. cit. , s. 384

ansvar i enkelte tilfeller. Tariffavtalen taler altså mot lemping av vilkår om utvider ansvaret for arbeidstaker.

Imidlertid legitimerer tariffavtalen dels ansvarsformer som i stor grad avviker fra det som følger av de grunnleggende forutsetninger for erstatningsansvar, f.eks. et objektivt ansvar for stikkregninger. Tariffavtalens påleggelse av objektivt ansvar for arbeidstakere fremstår således som hovedregel som urimelig, og kan generelt sett ikke tillegges noen avgjørende vekt. Derimot må tariffavtalens bestemmelser om alminnelig culpøs adferd som erstatningsbetingende kunne være et moment for at et alminnelig uaktsomhetsansvar kan avtales.

Vurdering

Ut fra de ovenstående hensyn synes det klart at hovedregelen må være at en avtale vil virke urimelig å gjøre gjeldende dersom den ilegger arbeidstaker ansvar på objektivt grunnlag. I enkelte tilfeller, og særlig dersom tariffavtaler og preventive hensyn tilsier det, kan det imidlertid hende at avtaler om objektivt ansvar kan stå seg, f.eks. der arbeidstakeren lett kan forhindre skader ved å være ekstra aktsom.

Avtale om et alminnelig culpaansvar kan imidlertid ikke vurderes som urimelig, særlig fordi vi her er helt i nærheten av hva loven fastsetter og fordi tariffavtalen stiller arbeidstaker langt dårligere. Det at arbeidstakeren har vært under press ved avtaleinngåelsen, blir således ikke avgjørende, da likeverdige parter i forhandlingsposisjon har kommet frem til et resultat som stiller arbeidstaker dårligere enn etter hans individuelle avtale.

7.5 Rettsvirkningene av urimelighet

Jf avtl. § 36 skal avtalen ”helt eller delvis settes til side eller endres” dersom den er urimelig å gjøre gjeldende. Hvorvidt avtalen helt eller delvis skal settes til side, vil avhenge av hvilke tiltak som er nødvendige for å avverge en urimelig rettsvirkning av kontrakten. Motsatt vil avtalen gjøres gjeldende etter sin ordlyd dersom en ikke kommer til at den er urimelig å gjøre gjeldende.

Dersom en kommer til at en klausul om erstatningsansvar for arbeidstaker er urimelig å gjøre gjeldende, vil det som utgangspunkt kun være klausulen som settes til side eller modifiseres, mens resten av avtalen består.⁵⁰ Hvis et krav om delvis revisjon skulle kunne møtes av krav om total ugyldighet ville retten til å få revidert urimelige arbeidsavtaler vært en illusorisk rettighet. Dette følger også analogisk av Pristiltaksloven § 6 (2), og er dessuten utgangspunktet etter avtl. § 37 (1) nr. 2.

Dersom en klausul om erstatningsansvar blir tilsidesatt eller modifisert, vil erstatningsspørsmålet antageligvis vurderes etter bakgrunnsretten, altså skl. § 2-3. En klausul om objektivt ansvar kan muligens også erstattes av en klausul om subjektivt ansvar, da et slikt ansvar ikke er urimelig å gjøre gjeldende.

⁵⁰ Hov, op. cit., s. 298

8 Ansvar etter avtale i de konkrete tapssituasjoner

Det er under pkt 7.4 fastslått at det for arbeidstaker som hovedregel kan avtales ansvar for uaktsomme handlinger, men ikke for ansvar på objektivt grunnlag. Problemstillingene i forhold til de konkrete tapssituasjoner under er, dersom annet ikke er spesifisert, hvorvidt et objektivt ansvar likevel ikke vil være urimelig å gjøre gjeldende.

8.1 Stikkregning

I forhold til stikkregninger er ikke kravet til årsakssammenheng mellom servitørens skadegjørende handling og det økonomiske tapet fastslått. Dersom det skal gjøres gjeldende ansvar for stikkregning etter avtale, må den manglende årsakssammenheng således være et moment i vurderingene. For stikkregninger blir det således også aktuelt å drøfte om det er adgang til å ilegge ansvar på simpelt uaktsomt grunnlag. De ansvarsformer som drøftes kalles ”utvidede” pga den manglende årsakssammenhengen.

Vurderingen

Problemstillingen er altså om arbeidstaker kan ilegges et utvidet subjektivt eller utvidet objektivt ansvar, eller om dette vil være urimelig å gjøre gjeldende.

Manglende oppfyllelse av de erstatningsrettslige betingelser er et moment for at det er urimelig å gjøre slike ansvarsbestemmelser gjeldende. Det samme gjelder i forhold til skadeserstatningslovens bestemmelse. Dette er jf vurderingene over et tungtveiende moment mot ileggelse av et utvidet objektivt ansvar, fordi fravikelsen fra deklarasjonsregler ikke kan være for stor på det lovområdet vi her er inne på. Dessuten taler det mot ileggelse av et utvidet subjektivt ansvar, men ikke like tungt.

Samtidig er det arbeidstaker som er nærmest til å forhindre at stikkregninger skjer. Prevensjonshensyn taler dermed for at arbeidstaker kan ilegges et utvidet ansvar for de

tilfeller der stikkregninger skjer, ettersom dette vil være et sterkt incitament for arbeidstaker til å være svært aktsom i forhold til sine gjester. Unntak må i alle tilfelle innrømmes der servitøren er klar over at gjesten går, og således utfører handlingsforpliktelsen sin tilfredsstillende uten at dette gjør at gjesten betaler. Prevensjonshensynet taler således for at det kan ilegges enten et utvidet tilnærmet objektivt ansvar eller et utvidet subjektivt ansvar.

Hensynet til å minske risikoen for svik fra arbeidstaker, altså slik at arbeidstaker ikke har noen motivasjon til å late som om han har blitt utsatt for stikkregning for så å putte betalingen i lommen selv, taler for at et utvidet objektivt ansvar for stikkregninger kan gjøres gjeldende mot denne.

Erstatningsbeløpenes størrelse er dessuten et moment for at arbeidstaker kan ilegges et vidtgående ansvar for stikkregninger, ettersom arbeidstaker selv kan pulverisere sitt tap.

Tariffavtalens bestemmelser tilsier at ileggelse av et utvidet objektivt ansvar for stikkregninger i utgangspunktet er rimelig. Dessuten hjemler avtalen avtalefrihet mht ansvarsspørsmålet, noe som taler for at partene står fritt til å avtale de løsninger de ønsker i forhold til stikkregningsspørsmålet. Jf vurderingene under pkt 2.1 er dette et tungtveiende moment for at urimelighet ikke kan innrømmes, verken for ansvarsileggelser på utvidet culpøst eller objektivt grunnlag. Imidlertid gir tariffavtalen ansvarsfrihet i enkelte tilfeller av manglende betaling fra gjestene. I disse tilfellene vil det således vanskelig anses rimelig om arbeidstakeren ved en individuell kontrakt ilegges ansvar. Det er således kun et tilnærmet objektivt ansvar, eller også et subjektivt ansvar, uten årsakssammenheng tariffavtalen er et moment for.

Tariffavtalen hjemler imidlertid et svært redusert omfang av erstatningsplikten, nemlig kostpris. Dette tilsier at plikten til å betale erstatning etter tariffavtalen kan være videre enn det som er tillatt etter alminnelig avtalerett. På en annen side er erstatningsomfanget etter tariffavtalen kun fastsatt i mangel av annen avtale, slik at det er avtalefrihet i forhold til

erstatningsplikts fastsettelse. Dette må forstås slik at også utvidet objektivt ansvar for fullt økonomisk tap kan gjøres gjeldende etter tariffavtalen.

Vanlig praksis i bransjen er å ilegge arbeidstakere utvidet objektivt ansvar for stikkregninger. Dette taler for at ansvarsbestemmelser enten på culpøst eller objektivt grunnlag må kunne gjøres gjeldende for stikkregninger, til tross for manglende årsakssammenheng. Imidlertid taler praksis i tilsvarende andre bransjer for det motsatte, da det ikke vanlig å gi arbeidstakerne der ansvar for tyveri, som må likestilles med stikkregning fra restaurantene.

Forskjellen mellom andre servicebransjer og serveringsbransjen er at en i serveringsbransjen i større utstrekning har muligheten til å se an sine gjester før en serverer dem. Å skjønnsmessig nekte å servere, eller avkreve kontant betaling fra noen vil imidlertid ikke være en særlig aktuell løsning, da en servitør som hovedregel vil ha plikt til å servere alle som sitter på hans stasjon. Fordi gjesten normalt konsumerer før man avkrever ham betaling, har man dessuten faktisk mindre mulighet i restaurantbransjen enn i andre bransjer til å sikre seg betaling. Dette er et moment for at vilkår om erstatningsansvar ved stikkregning ikke kan gjøres gjeldende verken på (utvidet) objektivt eller subjektivt grunnlag.

Dessuten er stikkregninger et typisk risikomoment ved å drive restaurant. Hvem som rammes av stikkregninger vil i praksis være nokså tilfeldig, slik at det vil være mest rettfærdig om det er bedriften som bærer tapet, iallfall dersom arbeidstaker ikke har vært påvist uaktsom.

Dersom arbeidstaker ilegges et utvidet objektivt ansvarlig for stikkregninger, vil arbeidsgiver videre ikke ha incentiv til å innføre ordninger for å få bukt med problemet. Ved reglementer om oppbevaring av kort eller andre sikkerhetsrutiner, vil dette i noen utstrekning kunne gjøres. Dersom servitøren må ha vært uaktsom for at ansvar skal ilegges, vil det fortsatt være viktig for arbeidsgiver å få redusert antall stikkregninger.

Dessuten er pressituasjonen ved avtaleinngåelsestidspunktet og det sosiale ved lovgivningen tungtveiende momenter for å underkjenne klausuler som ikke tilfredsstillende det erstatningsrettslige vilkår til årsakssammenheng.

Konklusjon

For det første taler den generelle vurderingen av ansvar tungt for at en klausul om objektivt ansvar for arbeidstaker er urimelig. Særlig vektlagt er da fravikelsen fra skl. Det er således overraskende at tariffavtalen ilegger ansvar på vilkår som er i så stor strid med det som oppfattes som rettferdig, og som i tillegg går utover det prevensjonshensyn tilsier.

Tariffavtalen hjemler riktignok noen unntak fra ansvaret, men disse er ikke vidtgående nok til at de tilfredsstillende kravet til at arbeidstaker er fritatt fra erstatningsplikt i alle tilfeller der denne åpenbart ikke har opptrådt klanderverdig. Således oppfattes tariffavtalen som urimelig, og tillegges ikke avgjørende vekt. Det foreligger dermed som et utgangspunkt ikke tilstrekkelige tungtveiende grunner til å ilegge arbeidstaker objektivt ansvar for stikkregninger.

Dessuten spiller det særegne ved at det heller ikke foreligger årsakssammenheng mellom arbeidstakers unnlatelse og det økonomiske tap inn, ettersom et slikt ansvar er mer vidtgående enn et alminnelig objektivt ansvar. Dette tilsier at det uansett vil virke urimelig å gjøre arbeidstaker erstatningsansvarlig for stikkregninger på utvidet objektivt grunnlag.

Hva gjelder et utvidet culpaansvar, stiller dette seg noe annerledes. For det første er det under den generelle vurderingen antatt rettmessig å ilegge arbeidstaker avtalehjemlet ansvar på subjektivt grunnlag. Tariffavtalens regulering, praksis i bransjen og preventive hensyn, sett i sammenheng med at fravikelsen fra skl. ikke er så stor og at ansvar uansett svært sjelden vil kunne gjøres gjeldende pga manglende ansvarsgrunnlag, tilsier at det ikke urimelig å ilegge arbeidstaker ansvar på utvidet simpelt uaktsomt grunnlag. Konklusjonen må bli at det, til tross for manglende påvist årsakssammenheng, ikke vil virke urimelig å gjøre gjeldende ansvar for stikkregninger der servitøren opptrer simpelt uaktsomt.

8.2 Pengemangel

Tariffavtalens hjemling av avtalefrihet i forhold til ansvar for dagsoppgjør tilsier at en bestemmelse om objektivt ansvar for oppgjør antageligvis er innenfor tariffavtalens grenser. Altså er tariffavtalen et moment for at en kan ilegges ansvar på objektivt grunnlag for dagsoppgjør. Praksis på området er et moment i samme retning.

I forhold til tap fra oppgjøret forøvrig er tariffavtalen taus. Vanlig praksis på området er at arbeidstaker er objektivt ansvarlig for alle tap av penger, og dette er således et moment for ansvarsileggelse.

Prevensjonshensyn tilsier imidlertid ikke at en trenger regler om et objektivt ansvar, i og med omvendt bevisbyrde. Dersom en arbeidstaker kan motbevise at han har opptrådt klanderverdig, synes det ikke rimelig at han likevel skal dekke det tap arbeidsgiver lider.

Med andre ord vil avtale om objektivt ansvar for pengemangler virke urimelig å gjøre gjeldende.

8.3 Materielle skader

Tariffavtalen hjemler ansvar for materielle skader på subjektivt grunnlag. Vanlig praksis mht ansvar er varierende. Faren for svik ved materielle skader er svært begrenset, slik at heller ikke prevensjonshensyn kan tilsi at ansvaret burde være objektivt. Det er således ingen rettskilder som taler for at det ikke vil virke urimelig å gjøre arbeidstaker ansvarlig på objektivt grunnlag for materielle skader.

9 Drøftelsenes anvendelse og konklusjon

Dersom arbeidsavtalen, eller for så vidt andre avtaler, ikke inneholder bestemmelser om erstatningsansvar for arbeidstaker, vil skl. regulere i hvilken utstrekning arbeidstaker kan gjøres erstatningsansvarlig. Med andre ord vil arbeidstaker som hovedregel være ansvarlig for grovt uaktsomme handlinger, mens simpel uaktsomhet kan være tilstrekkelig i enkelte tilfeller. Ansvar for stikkregninger kan ikke ilegges, ansvar for pengemangel kan ilegges på simpelt uaktsomt grunnlag med omvendt bevisbyrde, mens ansvar for materielle skader kan ilegges for grov uaktsomhet.

Når arbeidsavtalen regulerer arbeidstakers ansvar, må man først kartlegge hvilke tapstilfeller som faller innenfor avtalens regulering, og dernest om reguleringen er urimelig eller ikke.

Hvis avtalen inneholder en generell klausul om at arbeidstaker er ansvarlig for skadegjørende handlinger på simpelt uaktsomt grunnlag, vil reguleringen kunne gjøres gjeldende. Sentralt er imidlertid at det der vilkårene til ansvarsgrunnlag, årsakssammenheng eller økonomisk tap ikke er oppfylt ikke kan gjøres ansvar gjeldende etter klausulen. Med andre ord vil en slik generell klausul ikke inkludere ansvar for stikkregninger, men derimot ofte ansvar for pengemangel og materielle skader.

Dersom klausulen legger arbeidstaker et objektivt eller tilnærmet objektivt ansvar, vil hovedreglen være at ansvaret skal lempes, slik at avtalen blir rimelig. Dette vil antageligvis tilsi at det er skl. som kommer til anvendelse, men muligens slik at det er tilstrekkelig med simpel uaktsomhet for ansvarsileggelse. Uansett vil det heller ikke her kunne ilegges ansvar for stikkregninger.

For at arbeidstaker skal kunne gjøres ansvarlig for stikkregninger, til tross for den manglende årsakssammenheng, må således ansvar for stikkregning spesifikt være ilagt

arbeidstaker i arbeidsavtalen. Isåfall kan et slikt ansvar gjøres gjeldende dersom arbeidstaker har opptrådt uaktsomt.

10 De lege ferenda betraktninger

I dette avsnittet vil jeg kort vurdere hensiktsmessigheten av den gjeldende regulering av erstatningsansvar i forholdet mellom arbeidsgiver og arbeidstaker.

Som oppgaven viser, er det ikke lett å avklare erstatningsspørsmål mht arbeidstakers erstatningsansvar ut fra det gjeldende regelverk. Det er ikke sagt at dette er enkelt på andre forbrukerfelt heller, men to store forskjeller er at erstatningsansvar på mange andre forbrukerområder er mer utførlig regulert, samt at reglene der er preseptoriske.

For det første kan det stilles spørsmålsteget ved om det er hensiktsmessig å formulere en bestemmelse om ansvar som en rettslig standard i arbeidsforhold.

En av fordelene ved at det er en rettslig standard som regulerer ansvarsspørsmålet er at løsningene gir konkret rimelighet i enkelttilfellene. Et problem er likevel at rettstilstanden blir vanskeligere tilgjengelig ved at bestemmelsen ikke inneholder spesifikke vilkår for illeggelse av ansvar, slik at bestemmelsen er vanskelig å anvende for mange av dem som rammes av rettsstridige ansvarsileggelser.

En viktig grunn til at rimelighetsstandarden likevel brukes, er at arbeidsforhold er så mye mer komplekse enn mange andre kontraktsforhold. Mens det f.eks. i kjøpsforhold er forholdsvis enkelt å fastslå hvilke skader og tap forbrukeren kan påføre selger, er det i arbeidsforhold et mye bredere spekter av tap og skader som kan oppstå, avhengig bl.a. arbeidsforholdets art.

Det ville således vært vanskelig å opprettholde rettstilstanden uten en skjønnsmessig bestemmelse basert på rimelighet. En kan likevel stille spørsmålsteget ved hva som er viktigst; at man har en lovbestemmelse som gir anvisning på et ideelt resultat, eller at man har en bestemmelse som er lett anvendbar og således faktisk blir tatt i bruk for å gjøre rettigheter gjeldende.

Dessuten kan en stille spørsmål om hensiktsmessigheten ved deklarasjonisk lovgivning mht ansvarsileggelser på arbeidstaker.

Fordelen ved deklarasjoniske bestemmelser er at det innimellom bør kunne avtales avvikende ansvarsformer der spesielle omstendigheter ved arbeidsforholdet tilsier at det er den beste løsning. Dessuten er regulering av kontraktsvilkår via en generell lempingsbestemmelse fordelaktig fordi samfunnskontrollen med kontraktsvilkår kan gjennomføres umiddelbart, dvs. uten nærmere lovregulering.⁵¹ Dette er imidlertid ikke noe moment mot å lovregulere særlige problemområder der en ser behovet for dette. Videre er en generell lempingsbestemmelse å foretrekke fordi den muliggjør konkret rimelighet i det enkelte rettsforhold. Den konkrete rimeligheten er imidlertid ivaretatt i bestemmelsen i skl.

Ulempene ved deklarasjonisk lovgivning er motsatt at det i alt for stor grad vil avtales et vidtgående ansvar for arbeidstaker, og at denne har begrenset mulighet til å vegre seg mot slike avtaler. Noen reell avtalefrihet foreligger således ikke, og det vil for den enkelte arbeidstaker fremstå som tilfeldig om denne er ilagt et vidtgående ansvar eller ikke. Dette er bakgrunnen for at aml. er preseptorisk.

Å basere samfunnskontroll av arbeidsavtalers kontraktsvilkår på urimelighetsvurderinger etter avtl. § 36 er ingen retts teknisk god løsning. For den enkelte vil det være komplisert å skulle hevde sine rettigheter etter avtl. § 36 – for de fleste vil det være uoversiktlig og vanskelig å skulle forholde seg til en slik bestemmelse. Det er klart det hadde vært lettere å håndtere disse problemstillingene dersom preseptoriske regler sensurerte avtalevilkårene direkte. Resultatet ser vi i alle fall i restaurantbransjen i dag – der arbeidstakere jevnlig gjøres ansvarlig urettmessig, uten at ansvarskravene angripes.

Fordi vi er inne på et område med så stort sosialt vern, vil det uansett bare tillates mindre avvik fra skl. bestemmelse. Spørsmålet er da om en ikke har mer å vinne ved å gjøre

⁵¹ Selvig & Hagstrøm, op. cit., s. 89

bestemmelsen preseptorisk, selv om det vil endre rettstilstanden noe, enn ved at den enkelte må gå veien om avtl. § 36 for å fastslå sine rettigheter. I alle fall dersom formålet er å verne arbeidstakerne mot at urimelige vilkår om ansvar gjøres gjeldende mot dem.

11 Kildehensvisninger

Litteratur

Woxholt, *Avtalerett*, 3 utg. Oslo, 2004

Hov, *Avtaleslutning og ugyldighet*, 2 utg. 1998

Selvig & Hagstrøm, *Kontraktsrett til studiebruk*, 1997, hefte I

Jakhelln, *Arbeidsretten*, I: Knophs oversikt over Norges rett, 11 utg., s 597–617

Eckhoff, *Rettskildelære*, 5. utg. v/ Helgesen, 2001

Møller & Wiisbye, *Erstatningsansvarsloven*, 6. udg., København, 2002, s. 479

Bengtson & Strömback, *Skadeståndslagen*, 1. utg., Stockholm, 2002, s. 120

Jakhelln, *Oversikt over arbeidsretten*, 3. utg. 2004, s. 28

Selmer & Nygaard, *Erstatningsretten I*: Knophs oversikt over Norges rett. 11. utg., Oslo, 1998, s. 456-477

Lødrup, *Erstatningsrett*, 4. utg. Oslo, 1999, s. 109

Forarbeider

NOU 1979:32 Avtaleloven

Ot.prp. nr. 5 (1982-83) Avtaleloven

Ot.prp. nr. 48 (1965-66) Skadeserstatningsloven

Innstilling om lov om det offentliges og andre arbeidsgiveres erstatningsansvar, Innstilling II, avgitt i desember 1964

